التوضيح

في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب

تأليف

خليل بن إسحاق الجندي المالكي

المتوفى سنة ٧٧٦هـ

ضبطه وصححه

الدكتور أحمد بن عبد الكريم نجيب

أستاذ الحديث النبوي وعلومه
في كلية الدراسات الإسلامية بسراييفو والأكاديمية الإسلامية بزينيتسا
ومدرس العلوم الشرعية في معهد قطر الديني سابقاً

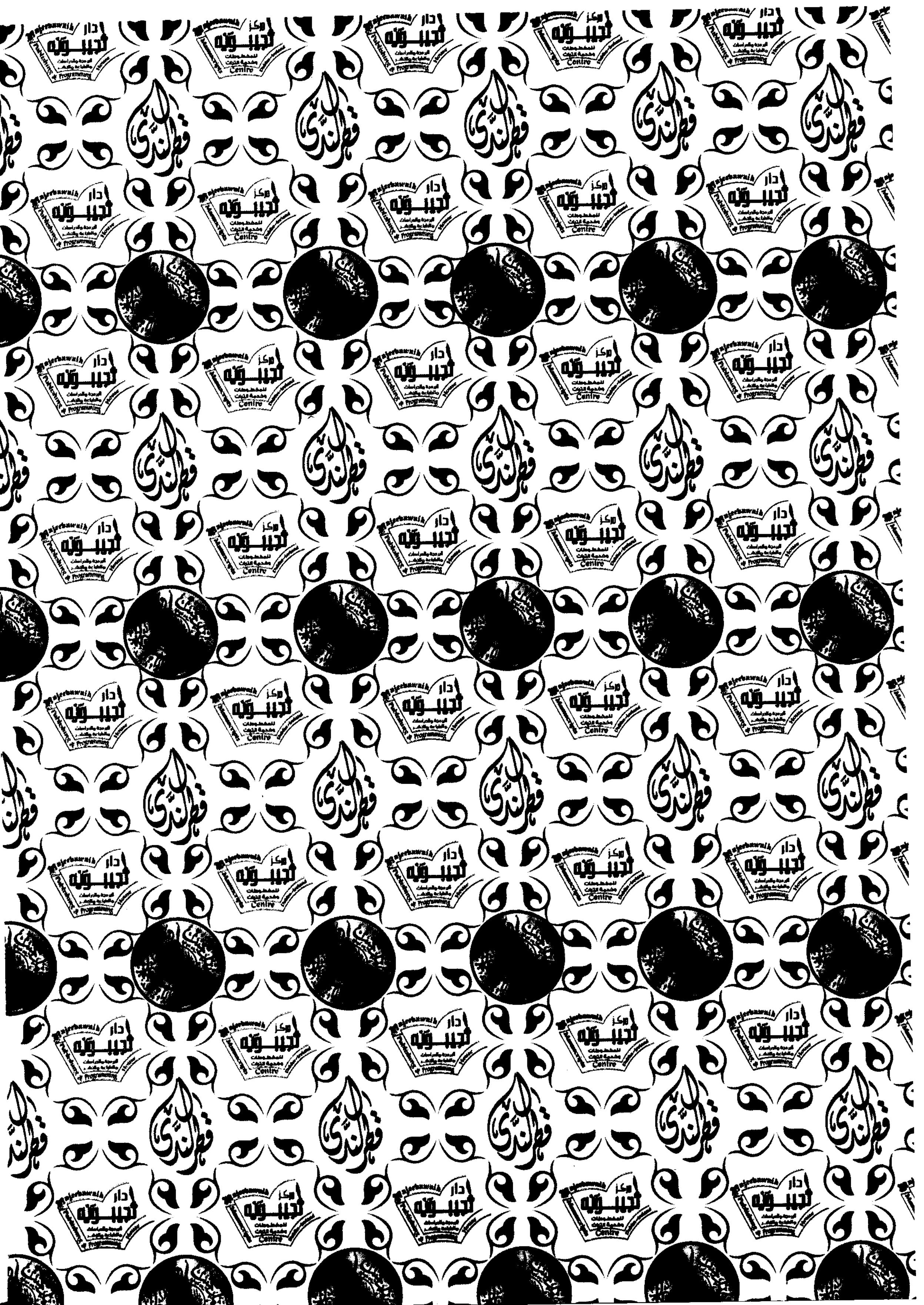
المجلد الثامن

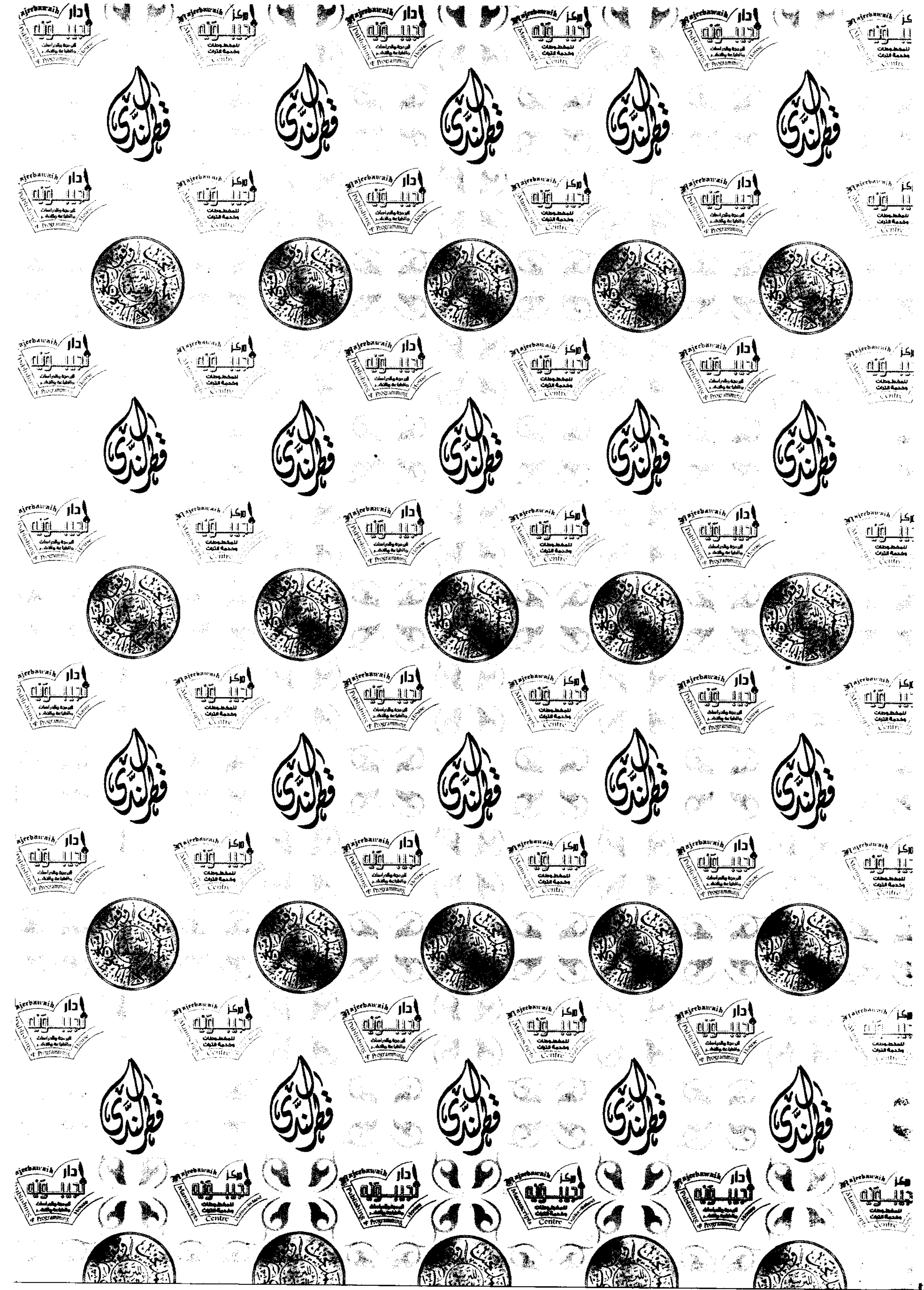
التوضيح

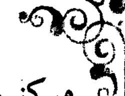
خليل بن إسحاق المالكي

ضبطه وصححه
الدكتور أحمد بن عبد الكريم نجيب







منشورات
مركز نجيبويه للمخطوطات وخدمة التراث
www.najeebawaih.net
١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م

التوضيح

في شرح المختصر الفرعي لابن الحاجب

تأليف

خليل بن إسحاق الجندي المالكي

(المتوفى سنة ٧٧٦ هـ)

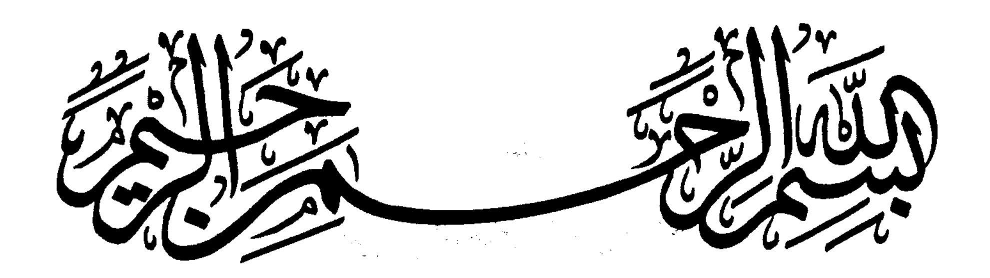
ضبطه وصححه

الدكتور أحمد بن عبد الكريم نجيب



المجلد الثامن




بسم الله الرحمن الرحيم

تَعَارُضُ الْبَيِّنَتَيْنِ: وَمَهْمَا أَمْكَنَ الْجَمْعُ جُمِعَ، فَإِنْ تَنَاقَضَتَا فَالتَّرْجِيحُ، فَإِنْ تَعَذَّرَ [٦٨٦/ب] تَسَاقَطَتَا، وَبَقِيَ الْمُدَّعَى فِي يَدِ حَائِزِهِ مِنْهُمَا ...

التعارض بين البينتين: التقابل بينهما على وجه يمنع كلاً منهما صاحبه، ولا إشكال في الجمع بينهما إذا أمكن، كما في تعارض الأثرين عند أهل الأصول. مثال عدم التعارض في الشهادة: لو شهد واحد أنه أقر له بخمسين وآخر بمائة في مجلسين، وإن لم يمكن الجمع صير إلى الترجيح، وسيأتي ما يكون به الترجيح، فإن تعذر -أي: الترجيح- سقطت البينتان وبقي المدعى في يد حائزه؛ لما رواه الدارقطني عن محمد بن الحسن عن أبي حنيفة عن وهب بن حبيب المصري وهو ثقة عن الشعبي عن جابر: **أن رجلين اختصما إلى النبي صلى الله عليه وسلم في ناقة، فقال كل واحد: نتجت هذه الناقة عندي وأقاما بينة، فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم للذي بيده.** قال في المدونة: ويحلف الحائز، وهو مبني على قبول بينة المدعى عليه وهو المشهور، وقال عبد الملك: لا ينتفع الحائز ببينة؛ لقوله عليه السلام: «**البينة على المدعي واليمين على من أنكر**». فحصول البينة في جانب المدعي واليمين في جانب المدعى عليه. وروى ابن القاسم أن هذا إنما هو إذا لم يأت المدعى عليه بمثل ما أتى به المدعي، ودل كلامه على أن المتنازع فيه محوز وأن حائزه أحد الخصمين وأن الحائز يقبل.

وَإِنْ كَانَ بِيَدِ غَيْرِهِمَا فَلِمَنْ يُقَرُّ لَهُ مِنْهُمَا. وَقِيلَ: يَبْقَى فِي يَدِهِ

اسم (**كَانَ**) عائد على المدعى فيه؛ أي: في غير المدعيين اللذين أقام كل منهما البينة على أنه له، وحكى المصنف قولين؛ **أولهما**: أن ذلك لمن يقر له وهو في يده منهما، وعلى هذا فإن ادعاه من هو في يده فهو له. **وثانيهما**: أنه يبقى في يده، فإن أراد المصنف أنه يبقى كما كان أولاً قبل قيام البينتين؛ فهو كالقول الأول، وإن أراد أنه يبقى موقوفاً بيده إلى أن يأتي

أحدهما بشهادة راجحة أو يصطلحان؛ هذا القول غير معروف في المذهب وإنما هو محكي عن الشافعي، وإنما في المذهب رواية ثانية بأنه يقسم بينهما لأن البينتين اتفقتا على انتزاعه من يده، وقيل: يبقى لمن هو تحت يده؛ لأنه يقول: خرج بعضها بعضاً، أو وقف بعضها بعضاً؛ أي: ذلك كان لا ينزع من يدي، وإن اعترف به أحدهما كان على القولين، فمن قال: إن من ادعاه لنفسه يقر في يديه يجعله الآن لمن أقر بيده، ومن قال أنه ينتزع منه يقول هذا كذلك، واختلف أيضاً إذا أقر لغيرهما هل يكون له أو يقسم بينهما؟

وَيُقْسَمُ إِنْ لَمْ يَكُنْ فِي أَيْدِيهِمَا بَعْدَ أَيْمَانِهِمَا عَلَى قَدْرِ الدَّعَاوِي اتِّفَاقًا

يعني: إن لم يكن المتنازع فيه بيد أحدهما، كما لو تنازعا في عفو من الأرض، ويدخل في قوله ما كان بيد ثالث على أحد القولين المتقدمين، وظاهر قوله: (**يُقْسَمُ**) أنه يقسم في الحال وفيه تفصيل، فإن كان يخشى فساده، قال في المدونة: كالحيوان، والرقيق، والطعام؛ فإنه يستأني فإن لم يأتيا بشيء وخيف عليه قسم بينهما، وإن كان مما لا يخشى عليه الفساد كالدور، قال في المدونة: يترك حتى يأتي أحدهما بأعدل مما أتى به صاحبه. ابن القاسم: إلا أن يطول الزمان ولا يأتيان بشيء غير ما أتيا به أولاً؛ لأنه يقسم بينهما لأن ترك ذلك ووقفه ضرر. ابن نافع: إنه قال يوقف إذاً حتى يأتي أحدهما بأثبت مما أتى به صاحبه.

وقوله: (**اتِّفَاقاً**) راجع إلى قوله: (**قَدْرِ الدَّعَاوِي**) لا إلى (القسم) للاختلاف في قسم العفو من الأرض، فإن فيه رواية ابنَ نافع ورواية ابن القاسم المذكورتين آنفاً.

ابن عبد السلام: فإن قلت في نقله لرواية ابن القاسم نظر؛ فإنه في المدونة لم يصرح بذلك. قيل: قد نقل أبو الحسن أن ابن القاسم قال في المدونة: إنه يقسم بينهما، قال: وهو تفسير للمدونة، واختلف إذا أقام أحد المدعيين للعفو بينة أعدل، هل يحلف معها وهو مذهب المدونة، ومذهب سحنون والقرويين ومعظم الأندلسيين لا يرون عليه يميناً.

وَإِنْ كَانَ فِي أَيْدِيهِمَا، فَقِيلَ: عَلَى الدَّعَاوِي، وَقِيلَ: نِصْفَيْنِ

أي: فإن كان المدعى فيه بأيديهما واختلفت دعواهما فيه -كدعوى أحدهما الجميع والآخر النصف- فأقام بينة على دعواه ولم يرجح أحد البينتين، أو حلف كل منهما، فقال مالك، وابن القاسم، وعبد الملك وغيرهم: يقسم على قدر الدعاوى وهو المشهور. وقال أشهب وسحنون: يقسم بينهما نصفين لتساويهما فيه في الحيازة، وإذا أراد اليمين في هذه المسألة وما يشبهها من سائر هذا الفصل مما تقدم أن يأتي، واختلفا في التبرئة، فقال بعض الشيوخ: يقرع بينهما، والمنصوص للمتقدمين: أن الحاكم يختار، ثم هل يحلف كل منهما على إثبات دعواه وإن نكل؟ أشار بعض الشيوخ إلى أن البحث يقرب فيها من مسائل اختلاف المتبايعين.

وَإِذَا قُسِمَ عَلَى الدَّعَاوِي، فَقَالَ الأَكْثَرُونَ: تَعُولُ عَوْلَ الْفَرَائِضِ. وَقِيلَ: نِصْفَيْنِ. وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَابْنُ الْمَاجِشُونِ: يَخْتَصُّ مُدَّعِي الأَكْثَرِ بِالزَّائِدِ

إذا فرعنا على المشهور من القَسم على الدعاوي، فاختلف في كيفية القسمة، فقال مالك وأكثر أصحابه: يسلك فيها مسلك عول الفرائض؛ لتساوي أقوالهما في التداعي فيه، ولتعذر الترجيح؛ فصار كورثة زادت الأشياء الواجبة لهم على الجميع. وقال ابن القاسم، وابن الماجشون: مبنى هذه المسألة [٦٨٧/ أ] على التنازع، فمن أسلم شيئاً سقط حقه فيه، بخلاف مسائل العول فإن التنازع فيها منتف؛ لأن الشرع أوجب لكل من الورثة حقاً، فإذا ادعى أحدهم الدار كاملة وادعى الآخر نصفها؛ فعلى الأول يعال لمدعي النصف بمثل حقه اثنين، فيقسم المدعى بينهم أثلاثاً لمدعي اثنان، وعلى الثاني يختص مدعي الكل بالنصف ثم يقسم الآخر بينهما.

وَعَلَى الاخْتِصَاصِ لَوْ زَادُوا عَلَى اثْنَيْنِ فَقَوْلانِ؛ أَحَدُهُمَا: اخْتِصَاصُ مُدَّعِي الأَكْثَرِ بِمَا زَادَ عَلَى الدَّعْوَيَيْنِ جَمِيعاً وَهُوَ الصَّوَابُ. وَالثَّانِي: اخْتِصَاصُهُ بِمَا زَادَ عَلَى أَكْثَرِهِمَا...

الأول لابن المواز، والآخر لابن القاسم في المجموعة وهو قول أشهب، ولسحنون في كتاب ابنه: ومنشأ الخلاف هل كلام مدعي الأكثر معهما معاً أو مع كل منهما، وصوب المصنف الأول؛ لأن في كلامها منازعة.

وَإِذَا تَدَاعَا اثْنَانِ الْكُلَّ وَالنِّصْفَ؛ فَالأَكْثَرُ تَعُولُ بِالنِّصْفِ، وَعَلَى قَوْلِ ابْنِ الْقَاسِمِ: يَخْتَصُّ مُدَّعِي الْكُلِّ بِالنِّصْفِ وَيُقْسَمُ الْبَاقِي بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ...

هذا مثال لقول الأكثرين وابن القاسم وقد تقدم.

فَلَوْ كَانَ ثَالِثٌ يَدَّعِي الثُّلُثَ جَاءَ الْقَوْلانِ، فَعَلَى الأَوَّلِ: يَخْتَصُّ مُدَّعِي الْكُلِّ بِالسُّدُسِ، ثُمَّ يَأْخُذُ مِنَ الْبَاقِي نِصْفَهُ وَهُوَ رُبُعٌ وَسُدُسٌ، ثُمَّ يَخْتَصُّ مُدَّعِي النِّصْفِ بِمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ وَهُوَ نِصْفُ السُّدُسِ وَيَقْتَسِمَانِ الثُّلُثَ. وَعَلَى الثَّانِي: يَخْتَصُّ مُدَّعِي الْكُلِّ بِالنِّصْفِ، ثُمَّ يَأْخُذُ مِنَ الْبَاقِي نِصْفَ مَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ وَهُوَ نِصْفُ سُدُسٍ، وَيَأْخُذُ مُدَّعِي النِّصْفِ نِصْفَ السُّدُسِ، ثُمَّ يُقَسَّمُ الْبَاقِي أَثْلاثاً لِلثَّلاثَةِ...

(أل) في القولين للعهد؛ أي: هل يختص مدعي الأكثر بما زاد على مجموع الدعوتين، أو على أكثرهما؟ فعلى الأول وهو الاختصاص بما زاد على المجموع لو ادعى واحد الجميع وآخر النصف وآخر الثلث؛ اختص مدعي الكل بالسدس لأن الزائد على مجموع الدعوتين، ثم يأخذ نصف الباقي لأنه يدعيه، والاثنان يدعيانه وهو ربع وسدس؛ لأن نصف النصف ربع، ونصف الثلث السدس، ثم يختص مدعي النصف بما زاد على الثلث وهو نصف سدس، ثم يقسم الثلث الباقي بينهما، وجرى في هذه القسمة ذكر الثلث

والسدس ونصفه فيستغنى عنهما بنصف السدس، وجرى أيضاً ذكر النصف والربع، مخرجهما داخل في مخرج نصف السدس، فيستغنى بمخرجه وهو اثنا عشر لمدعي أولاً سدس وهو اثنان، ثم نصف الباقي وهو خمسة، ثم يختص مدعي النصف بواحد، ثم يقسم الأربعة بينه وبين مدعي الثلث، وهذه القسمة أحسن مما في الجواهر؛ لأن قسمها من أربعة وعشرين، لكنه تبع في ذلك النوادر.

وقوله: **(وَعَلَى الثَّانِي...إلخ)**. يعني: وعلى أنه يختص بما زاد على الدعوتين يختص مدعي الأكثر بما زاد على أكثر الدعوتين وهو النصف لا يشاركه خصماً، ويبقى النصف الباقي يسلم قسمه مدعي الثلث ما زاد على دعواه وهو السدس؛ فيقسم بين مدعي الكل والنصف، فيكون لكل منهما نصف سدس، ثم يقسم الباقي بين الثلاثة أثلاثاً، وقد جرى هناك ذكر النصف والسدس، ونصف السدس ومقام النصف والسدس داخل في مقام نصف السدس، فيستغنى به وهو اثنا عشر، وجرى أيضاً ذكر الثلث وثلث الثلث، فيستغنى بثلث الثلث وهو من تسعة وهو موافق لاثني عشر بالثلث، فتضرب ثلث أحدهما في كامل الآخر؛ إما ثلاثة في اثنا عشر، أو أربعاً في تسعة، كل منهما يؤدي إلى ستة وثلاثين؛ فلمدعي الكل نصفها أولاً، ثم نصف السدس، وذلك أحد وعشرون، ولمدعي النصف نصف السدس ثلاثة، ثم لكل واحد أربعة.

وَالتَّرْجِيحُ بِوُجُوهٍ: الْمَزِيَّةُ فِي الْعَدَالَةِ

لما ذكر أولاً أن التعارض حيث لا ترجيح شرع في بابه، وقوله: في **(الْمَزِيَّةُ)** خبر ابتداء محذوف تقديره الأول؛ أي: المزية، أي: الزيادة في العدالة، وهذا هو المشهور. وروي عن مالك: أنه لا يرجح بزيادة العدالة، وعلى الأول فلابد من حلف من زادت عدالته ببينة. وفي الموازية: لا يحلف، بناء على أن زيادة العدالة هل هي كشاهد واحد أو شاهدين.

وَفِي زِيَادَةِ الْعَدَدِ قَوْلانِ، إِلا أَنْ يَكْثُرُوا جَمِيعاً.

يعني: وفي الترجيح بزيادة عدد إحدى البينتين قولان؛ عدم الترجيح حتى قال في المدونة: ولو شهد لهذا اثنان ولهذا مائة لا ترجح المائة، وحمله المازري على المبالغة، وأما لو كثروا حتى يقع العلم بصدقهم لقضي بها؛ لأن شهادة الاثنين إنما تفيد غلبة الظن. وروى مطرف، وابن الماجشون: أنه يترجح بذلك، وعلى هذا فتحصل في الترجيح بمزيد العدالة والعدد. ثالثها: المشهور يرجح بالعدالة لا العدد.

وقوله: (**إِلا أَنْ يَكْثُرُوا جَمِيعاً**) أي: فلا تراعى الكثرة حينئذ بالاتفاق، وفرق القرافي للمشهور بأن المقصود من القضاء دفع النزاع، ومزيد العدالة أقوى في التعدد من زيادة العدد؛ لأن كل واحد من الخصمين يمكنه زيادة العدد في المشهود بخلاف العدالة، واعترضه ابن عبد السلام: بأن من رجح زيادة العدد لم يقل به كيفما اتفق، وإنما اعتبره مع قيد العدالة، ولا نسلم أن زيادة العدد بهذا القيد أسهل الوجود، وقد تقرر في الأصول أن الوصف مهما كان أدخل تحت الانضباط وأبعد عن النقض والعكس كان أرجح، وزيادة العدد وصف منضبط محسوس لا يختلف فيه العقلاء، بخلاف العدالة؛ لأنها مركبة من قيود كما [٦٨٧/ ب] تقدم، فقد يكون واحد الشاهدين أشد محافظة على توقي الصغائر، والآخر أشد محافظة على أداء الأمانة، وإن اشتركا في المحافظة المعتبرة في قبول الشهادة، وعلى هذا التقدير فضبط زيادة العدالة متعذر أو متعسر، فلا ينبغي أن يعتبر في الترجيح فضلاً أن يكون راجحاً على زيادة العدد.

وَفِي الشَّاهِدَيْنِ عَلَى الشَّاهِدِ، وَالْيَمِينِ وَالشَّاهِدِ وَالْمَرْأَتَيْنِ قَوْلانِ، وَرَجَعَ عَنْهُ

يعني: وفي ترجيح الشاهدين على الشاهد واليمين قولان، وكذلك القولان في ترجيح الشاهدين على الرجل والمرأتين، ورجع ابن القاسم عنه؛ أي: عن الترجيح. وقال

أشهب: بالمرجوع إليه، والأظهر الترجيح فيهما، أما الأول: فالاتفاق على قبول الشاهدين والخلاف في الشاهد واليمين. وأما الثاني: فلقوله تعالى: ﴿ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ ﴾ [البقرة: ٢٨٢] فإنه يدل على راجحية الشاهدين على الرجل والمرأتين؛ لأن جعل مرتبتهم عند عدم الشاهدين، واعلم أنه اختلف في الحق هل هو مستند للشاهد فقط واليمين استظهاراً وهو مستند لهما وأن اليمين كالشاهد، وتظهر فائدة الخلاف في الفرع الأول، فعلى أنها كشاهدين لا حجة للشاهدين، وعلى الآخر رجح الشاهدين، وكذلك تظهر إذا رجع الشاهد هل يغرم نصف الحق أو جميعه.

وَعَلَى التَّسَاوِي لَوْ كَانَ الشَّاهِدُ أَعْدَلَ مِنْ كُلٍّ مِنْهُمَا فَقَوْلانِ

أي: على تساوي الشاهدين مع الشاهد واليمين، ومع الشاهد والمرأتين لو قدرنا أن الشاهد الذي يشهد مع اليمين أو المرأتين أعدل من كل واحد من الشاهدين فقولان. وروى أبو زيد عن ابن القاسم: أنه يقضى بالشاهد الأعدل دون الشاهدين. وروى ابن حبيب عن مطرف، وابن الماجشون: أن الشاهدين أرجح. وانظر كيف جعل المصنف هذا مبنياً على التساوي في الفرع السابق، وهو محتمل أن يبقى على الخلاف في الترجيح بالعدد.

وَفِي أَعْدَلِيَّةِ الْمُعَدِّلِينَ فِي الْمُزَكِّينِ قَوْلانِ

يعني: أنه اختلف إذا تساوت البيِّنات في العدالة، لكن معدلو أحدهما أزيد عدالة، فروى ابن القاسم وابن الماجشون عدم الترجيح بذلك؛ لأن العدالة إنما هي بالبينة، ألا ترى أن المزكين لو رجعوا لم يغرموا. وروى مطرف عن مالك: الترجيح بذلك؛ لقوة النظر بعدالة من زكاه الأرجح.

وَالْيَدُ مُرَجِّحَةُ عِنْدَ التَّسَاوِي مَعَ الْيَمِينِ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَذَهَبَ عَبْدُ الْمَلِكِ إِلَى أَنَّ الْحَائِزَ لا يَنْتَفِعُ بِبَيِّنَةٍ...

يعني: إذا تعارضت البينتان وتساوتا فإنها تسقطان ويبقى الشيء بيد حائزه ترجيحاً لليد، هذا هو المشهور، ومقابله لعبد الملك أن بينة الحائز لا تسمع وأن البينة بينة الخارج، وتقدم وجهه.

وقوله: (**عَلَى الْمَشْهُورِ**) راجع للترجيح باليد لا إلى اليمين. ابن عبد السلام: ويحتمل أن يكون مقابل المشهور قولاً بالاكتفاء باليد من غير بينة وأحفظه منصوصاً، واعترض ابن عبد السلام على المصنف: بأن إيراد هذه المسألة في مسائل الترجيح بين البينتين؛ لأن البينتين تساقطتا عند المساواة فصارتا كالعدم وبقي حوزه على ما كان عليه، وكأن المصنف أتى بها لمناسبتها ما تقدم في مطلق الترجيح.

فَلَوْ تَرَجَّحَتِ الْبَيِّنَةُ سَقَطَ اعْتِبَارُ الْيَدِ، وَفِي يَمِينِ الْخَارِجِ حِينَئِذٍ قَوْلانِ

يعني: فلو ترجحت بينة الخارج سقط اعتبار اليد، واختلف في يمين الخارج حينئذٍ؛ أي: حين الترجيح على قولين، ورجح توجيه اليمين لليد، والمراد بالداخل الحائز، فإن قيل: هل يفهم من كلام المصنف أنه لو ترجحت بينة الحائز لا يفتقر إلى يمين. قيل: لا؛ لأن بينة الداخل فيها قولان كما تقدم، فإذا كان يحلف مع البينة المسموعة اتفاقاً؛ فلأن يحلف مع المختلف في سماعها أولى، وإذا ترجحت إحداهما قضى بها، وفي يمين من قضى له قولان.

وَاشْتِمَالُ إِحْدَاهُمَا عَلَى تَارِيخٍ مُتَقَدِّمٍ أَوْ بِسَبَبِ مِلْكٍ مُرَجِّحٌ

(**اشْتِمَالُ**) مبتدأ، و(**مُرَجِّحٌ**) خبره؛ يعني: إذا شهدت إحداهما أن هذا يملكه من سنة والأخرى يملكه من سنتين؛ فإنه يقضى بأبعد التاريخين، قال في المدونة: وإن كانت

الأخرى أعدل، قال فيها: ولا يبالي بيد من كانت الأمة منهما، إلا أن يحوزها الآخر من تاريخها بالوطء والخدمة والادعاء لها بمحضر الآخر فتبطل دعواه، وإنما رجح بالملك السابق؛ لأن الملك قد يثبت به والأصل استصحابه.

وقوله: (**أَوْ بِسَبَبِ مِلْكٍ**) كما لو شهدت إحداهما أنه صادها أو نتجت عنده وشهدت الأخرى بالملك المطلق، تقدمت من شهدت بسبب الملك، وهو في المعنى راجع إلى الفرع الأول، بأن يشمل التاريخ المتقدم على الملك، فلو أقام بينة أنه بيده منذ سنين وأقام الآخر بينة أنه له منذ سنين؛ لقدمت بينة الملك وإن كان متأخراً، وخالفه التونسي ورأى أن الواجب رد ما وقع النزاع فيه إلى من تقدم حوزه حتى يثبت ما يوجب خروجه من يده، وقيد أشهب أيضاً اعتبار سبب الملك بضم الملك إليه حتى لو أقام بينة أنها ولدت عنده ولم يقولوا أنها له فلا يقضى له بها، وخالفه أيضاً التونسي وقيد الترجيح بالنتاج إذا لم تشهد البينة الأخرى للآخر أنه اشتراها. ابن القاسم: فإن شهدت بذلك كان صاحب المقاسم أحق إلا أن يدفع إليه الثمن الذي اشتراها به ولو كانت بيد صاحب النتاج، واختلف في الشهادة بنسج الثوب، هل هي كالشهادة بالنتاج فأحرى أن ما في المدونة مجرى النتاج. وفي كتاب ابن سحنون: أن [٦٨٨/ أ] بينة الملك مقدمة على بينة النسج، ويقضى لمن شهد له بالنسج بقيمة عمله بعد أن يحلف أنه لم يعمله باطلاً.

المازري: وهذا إذا كان الناسج ينسج لنفسه، وأما إن انتصب للناس فلا تنفع الشهادة له بالنسج وهكذا النسج، وقيد أيضاً مسألة النسج بأن يكون الثوب مما يستحيل في العادة أن ينسج مرتين، فأما إن صح ما يقال أنه ينسج مرتين فلا يقال على شهادة النسج في معارضة شهادة الملك.

وَفِي مُجَرَّدِ التَّارِيخِ قَوْلانِ

وفي الترجيح بمجرد التاريخ بأن تكون إحدى البينتين أُرِّخت والأخرى لم تؤرَّخ، والقول بتقديم المؤرخة لأشهب، زاد إلا أن يكون في شهادة التي لم تؤرخ أن الحاكم قضى بهذا العبد لمن شهدت له، والقول بنفي التقديم ذكره الشيخ والمازري ولم يعزواه.

وَيُشْتَرَطُ فِي بَيِّنَةِ الْمِلْكِ بِالأَمْسِ مَثَلاً أَنَّهُ لَمْ يَخْرُجْ عَنْ مِلْكِهِ فِي عِلْمِهِمْ

قوله: (**بِالأَمْسِ**) تنبيه منه بالأخف على الأشد؛ لأنه إذا اشترط هذا في أقرب الأيام الماضية بعدم خروج الملك عن يد مالكه في هذا الزمان القريب، فلأن يشترط في أبعد من ذلك من باب أولى، وهذا الشرط الذي ذكره هو ظاهر ما في شهادة المدونة، ففيها: من تمام شهادتهم أن يقولوا ما علمناه باع ولا وهب ولا خرج عن ملكه بوجه من الوجوه، وليس عليه أن يأتي ببينة تشهد على البَتِّ أنه ما باع ولا وهب، ولو شهدت البينة بذلك كانت زوراً وهذا الظاهر. قال ابن القاسم: لأنه قال وإن أبوا أن يقولوا ما علموه باع ولا وهب ولا تصدق فشهادتهم باطلة، وظاهر ما في كتاب العارية من المدونة أنه ليس بشرط، قال: وإن شهدوا أن الدار له ولم يقولوا لا نعلم أنه ما باع ولا وهب ولا تصدق ويقضى له.

ابن عبد السلام: وقد أكثر الشيوخ هل كلامه في المدونة متناقض أو لا؟ وهل تقبل شهادة هؤلاء الذين قطعوا بالملك من إطلاقه عليها الزور، أو يفصل فيهم بين أن يكونوا من العلماء فلا تقبل أو يكونوا من عوام الناس فتقبل، وإلى هذا ذهب الشيخ أبو محمد وأبو عمران، والذي قاله الشيخ أبو إبراهيم وأبو الحسن: أن ما في الشهادة شرط كمال.

أبو الحسن: إلا أن تكون الشهادة على ميت فذلك شرط صحة، ومراده بقوله: (كانت زوراً) أنها غير مقبولة.

عياض: ولا يختلف أنهم لا يلزمهم ما لزم شهود الزور من العقاب.

أَمَّا لَوْ شَهِدَتْ بِالإِقْرَارِ اسْتُصْحِبَ

يعني: أما لو شهدت عليه بينة أنه أقر بالأمس مثلاً أنه ملك زيداً استصحب الإقرار، ويكتفى بهذه الشهادة وإن لم يزد الشهود: لا نعلم خروج ذلك الشيء عن ملكه إلى الآن، لأن في شهادتهم على ذلك الخصم بأنه أقر لخصمه إسقاط الملك المقر بخصوصيته، فعليه بيان صحة ملكه بعد ذلك بشراء من المشهود له أو بغير ذلك من أسباب الملك.

وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ أَحَدُهُمَا: كَانَ مِلْكاً لَهُ بِالأَمْسِ

(أَحَدُهُمَا) أي: أحد الخصمين أن هذا الشيء المتنازع فيه الآن كان ملكاً بالأمس لخصمه، فهو إقرار منه لخصمه كما في الفرع السابق.

وَكَمَا لَوْ شُهِدَ أَنَّ أَحَدَهُمَا اشْتَرَاهُ مِنَ الآخَرِ

(شُهِدَ) بضم الشين مبني لما لم يسمَّ فاعله؛ أي: ومثل الشهادة بالإقرار في الاستصحاب لو شهد شاهدان أن أحد الخصمين اشتراه من الآخر، فإنها تستصحب ولا يقبل قول المشهود عليه أنها عادت إليه.

وَلَوْ شُهِدَ أَنَّهُ غُصِبَهُ جُعِلَ صَاحِبَ يَدٍ

أي: لو شهد شاهدان أن رجلاً غصب هذا الشيء المتنازع فيه لجعل المغصوب منه صاحب يد، ويقضى على من هو بيده أن يرده إلى المشهود له، ويكون المشهود له صاحب يد فقط، ولا يعد ذلك بثبوت الملك.

وَتُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الْمِلْكِ عَلَى الْحَوْزِ

لأن الملك أقوى فتقدم بينته، ولو كانت بينة الحوز متقدمة؛ لأن الحوز قد يكون بملك وبغيره، ولهذا لو لم يعلم شهد مع طول الحيازة بالملك لم يثبت الملك إلا أن يشهدوا

أنه غنمها من دار الحرب وشبهه. قيل: لسحنون متى يشهد الشاهد أنها ملكه، قال: إذا طالت حيازته إياها وهو يفعل فعل المالك لا منازع له، وقد حضروا دخولها في ملكه أولاً فتشهد بالملك، قيل: فالشاهد يشهد بالملك لطول الحيازة، وإن لم يشهد بالحيازة التي بها شهد لم يحكم بها، قال: وهو كذلك، ولابد من أن يكون في شهادتهم أنها لم تخرج عن ملكه في علمهم، وعلى هذا فللشهادة بالملك أربعة شروط: طول الحيازة، وتصرفه تصرف المالك، وعدم المنازع، وأنها لم تخرج عن ملكه في علمهم.

وَالنَّاقِلَةُ عَلَى الْمُسْتَصْحِبَةِ؛ إِذْ لا تَعَارُضَ

لأن الناقلة زائدة.

وَكَذَلِكَ دَعْوَى ابْنٍ دَاراً، أَوْ زَوْجَةٍ أَنَّهَا أَخَذَتْهَا صَدَاقاً أَوْ بَيْعاً

يعني: أن من له داراً وتوفي عنها فادعى ولده أنها لم تزل على ملك أبيه إلى الموت وأقام على ذلك بينة، وادعت زوجته أنه أعطاها لها في صداقها أو اشترتها منه وأقامت على ذلك بينة، فتُقدَّم بينتُها لأنها ناقلة وبينة الابن مستصحبة، ولو قال المصنف: (كدعوى) لكان أحسن؛ لأنه مثال لتقديم الناقلة على المستصحبة، ولهذا قال ابن عبد السلام: الأولى أن يحمل كلام المؤلف هنا على المعاوضة وقعت بينهما وبين الولد لتقع المغايرة بين هذا وبين ما قبله، [٦٨٨/ ب] والظاهر أن المصنف إنما أراد ما قلناه أولاً؛ لأن المسألة كذلك في الجواهر، ويغلب على الظن أن المصنف يتبعه، فإن قيل: أخذ الدار عن الصداق هو أحد أنواع البيع والمصنف قد غاير بينهما؛ قيل: هو وإن كان بيعاً لغة، لكنه في عرف الفقهاء ليس كذلك، والموثقون يسمونه تغييراً.

وَكَأَخَوَيْنِ مُسْلِمٍ وَنَصْرَانِيٍّ، ادَّعَى الْمُسْلِمُ أَنَّ أَبَاهُ أَسْلَمَ ثُمَّ مَاتَ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُ النَّصْرَانِيِّ...

يعني: أن الولدين اتفقا على أن الأب نصراني، وادعى النصراني أنه مات على ذلك، فالقول قول النصراني؛ لأنه تمسك باستصحاب الحال ولا بينة بينهما.

وَتُقَدَّمُ بَيِّنَةُ الْمُسْلِمِ

لأنها ناقلة.

وَلَوْ شَهِدَتْ بَيِّنَةُ النَّصْرَانِيِّ أَنَّهُ نَطَقَ بِالنَّصْرَانِيَّةِ ثُمَّ مَاتَ فَهُمَا مُتَعَارِضَتَانِ

أي: شهدت بينة المسلم أنه نطق بكلمة الإسلام ومات حينئذٍ فهما متعارضتان فيصار إلى الترجيح، فإن لم يكن ترجيح، فيقول المصنف: أنه يقسم بينهما وهو ظاهر قول ابن القاسم في المدونة، وقال غيره فيها: إذا تكافأت البينة قضي بالمال للمسلم بعد أن يحلف على دعوى النصراني؛ لأن بينته زادت.

ابن يونس: قال بعض الفقهاء: وقول ابن القاسم أصوب؛ لأن معناه أن الرجل جهل أصله، وإذا جهل فليس ثم زيادة والأمر يرد إليه فوجبت قسمة المال بينهما، وإذا كانت بينة المسلم زادت على تأويل غير ابن القاسم لم يحتج إلى تكافؤ البينة؛ لأن من زاد قضي بزيادته وإن كانت الأخرى أعدل منها. وقال إسماعيل القاضي: يشبه أن يكون ابن القاسم أراد بتكافؤ البينة أن تشهد بينة المسلم أن أباه لم يزل مسلماً حتى توفي، وتشهد بينة النصراني أنه لم يزل نصرانياً حتى مات، وكان الأب لا يُعرف حالُه فإن الشهادتان تسقطان، فأما إن شهدت بينة المسلم أن أباه كان نصرانياً فأسلم وشهدت بينة النصراني أنه لم يزل نصرانياً إلى أن مات؛ قضي ببينة المسلم لأنها زادت حدوث الإسلام.

وَلَوْ كَانَ الْمَيِّتُ مَجْهُولَ الدِّينِ قُسِمَ مَالُهُ بَيْنَهُمَا كَالتَّعَارُضِ

يعني: لو كان الأب مجهول الحال ولم يكن هنا إلا دعواهما، فإن المال يقسم بينهما؛ إذ ليست دعوى أحدهما أولى من الآخر.

وقوله: (**كَالتَّعَارُضِ**) أي: كما لو أقام كل من المسلم والنصراني بينة على صحة قوله والأب مجهول الحال.

وَلَوْ كَانُوا جَمَاعَةً فَاخْتَلَفَتْ دَعَاوِيهِمْ؛ قُسِمَ الْمَالُ لِكُلِّ جِهَةٍ نِصْفٌ وَإِنِ اخْتَلَفَ عَدَدُهُمْ...

ولو كان المدَّعُون في هذه المسألة جماعة واختلفت دعاويهم، فادعى بعضهم أنه مات على الإسلام، وبعضهم على النصرانية؛ فالمال يقسم نصفين لكل جهة، ولو كان من أحد الجهتين عدد أكثر من عدد الأخرى.

وَإِنْ كَانَ مَعَ الْوَلَدَيْنِ طِفْلٌ، فَقَالَ سُحْنُونٌ: يَحْلِفَانِ وَيُوقَفُ ثُلُثُ مَا بِأَيْدِيهِمَا، فَإِذَا كَبُرَ فَمَنِ ادَّعَى دَعْوَاهُ شَارَكَهُ وَيُجْبَرُ عَلَى الإِسْلامِ...

يعني: فإن كان مع الولدين المدعيين في دين أبيهما طفل، فقال سحنون: يحلفان ويوقف ثلث ما بيد كل واحد منهما حتى يكبر الصغير فيدعي دعوى أحدهما فيؤخذ ما أوقف له من سهمه ويرد إلى الآخر ما أوقف من سهمه، وظاهر قول المصنف: (**شَارَكَهُ**) أي: الصغير شارك من وافقه في الدعوى فيقسم بينهما نصفين، والنقل إنما هو ما ذكرته أن من وافقه يأخذ الموقوف فقط وهو ثلث ما بيد من وافقه ومصيبة الثلث الباقي من الصغير؛ لأن من وافقه ثبت له ثلث المال.

وقوله: (**فَإِنْ مَاتَ**) أي: الصغير قبل البلوغ حلفا واقتسما ميراثه. سحنون: وإن مات أحدهما قبل بلوغه وله ورثة يعرفوه فهم أحق بميراثه ولا يرد، وإذا كبر الصغير الصبي

فادعاه كان له. وقال أصبغ في العتبية: يوقف النصف، قال: لأن كلاًّ منهما يقر بالنصف للصغير فله النصف ويجبر على الإسلام ويقسم النصف الآخر بينهما، هكذا نقل صاحب النوادر قول أصبغ، ونقله المازري على أنه يوقف نصف ما بيد كل واحد من الولدين؛ لأن هذا يجوز إذا كبر أن يدعي دعوى أحدهما فيكون الواجب قسمة المال بينه وبين الصغير، ويكون ما أخذه المخالف له في الدعوى كمال غصبه غاصب من التركة قبل القسمة، وهو مخالف لظاهر نقل أبي زيد من وجهين؛ **أولهما**: الاتفاق. **وثانيهما**: أن ظاهره في الآخر المخالف أن يسترجع ما أوقف من نصيبه. والله أعلم.

الدَّعْوَى والْجَوَابُ والْيَمِينُ والنُّكُولُ والْبَيِّنَةُ

أما البينة فقد تقدمت، وأما الأربعة التي قبلها فذكرها في القضاء أنسب، وهي مرتبة في الواقع على نحو ما ذكرها المصنف.

وَمَنْ قَدَرَ عَلَى اسْتِرْجَاعِ عَيْنِ حَقِّهِ بِيَدِهِ آمِناً مِنْ فِتْنَةٍ أَوْ نِسْبَةٍ إِلَى رَذِيلَةٍ جَازَ لَهُ

يعني: إنما يحتاج إلى الدعوى من لا يقدر على أخذ متاعه، وأما إن قدر على أخذ شيئه بعينه وأمن من فتنة تترتب على أخذه؛ من قتال، أو إراقة دم ونحو ذلك من غير رفع إلى الحاكم؛ لأن المقصود من الرفع إنما هو الوصول إلى الحق، فإذا أمكن ذلك بدونه فالرفع إليه عناء، وربما لم يجد الرافع بينة فيؤدي إلى ضياع ماله، وهو ضد ما أمر به من حفظه.

وَأَمَّا فِي الْعُقُوبَةِ فَلا بُدَّ مِنَ الْحَاكِمِ

يعني: أنه إنما يستوفي حقه إذا كان مالاً، وأما إن كان حقه عقوبة فلابد [٦٨٩/ أ] من الرفع، وكذلك إذا كان حقاً لله تعالى حدًّا كان أو أدباً.

وَأَمَّا مَنْ قَدَرَ عَلَى غَيْرِهِ، فَثَالِثُهَا: إِنْ كَانَ مِنْ جِنْسِهِ جَازَ

يعني: وأما إن قدر على أن يأخذ غير حقه فثلاثة أقوال، وتصورها من كلامه ظاهر، وقد تقدمت هذه المسألة آخر كتاب الوديعة وتكلمنا عليها بما فيه كفاية، لكنه إنما ذكر الخلاف في المسألة السابقة في مثل حقه، وهاهنا عم الجنس وغيره، واختلف على القول بإجازة الأخذ من غير جنس حقه، هل يتولى بيع ذلك وهو اختيار بعض الشيوخ.

المازري: أو يرفع إلى الحاكم ليتولى ذلك وفيه نظر؛ لأن الرفع إلى الحاكم يوجب عدم أخذه، وقد بنينا على القول بجوازه؛ لأن القاضي لا يبيع إلا بعد ثبوت دينه وكون ما يبيع ملكاً لغريمه. واختلف أيضاً هل يكون ضمان هذا الذي يباع من ضمان البائع، أو هو كالوكيل.

وَعَلَيْهِ الْخِلافُ فِي إِنْكَارِ مَنْ عَلَيْهِ شَيْءٌ إِنْ أَنْكَرَهُ غَيْرُهُ

أي: وعلى هذا الخلاف وهو ظاهر، واشترط في الجواهر أن يكون الحقان حالين.

ابن عبد السلام: واختلف هل له أن يحلف ويؤدي؟

وَالْمُدَّعِي: مَنْ تَجَرَّدَ قَوْلُهُ عَنْ مُصَدِّقٍ. وَالْمُدَّعَى عَلَيْهِ: مَنْ تَرَجَّحَ بِمَعْهُودٍ أَوْ أَصْلٍ

لما كان يمين المدعي والمدعى عليه مما يشكل وجرى النظر فيه احتاج إلى تفريقهما، ويقال: إن علم القضاء يرد، وعلى تمييز أحدهما من الآخر فإن العلماء لا يختلفون في حكم كان منهما؛ يعني: أن من تمسك باستصحاب المال هو المدعى عليه، ومن أراد النقل عن ذلك فهو المدعي، والظاهر أن قوله: (**أَصْلٍ**) يغني عن قوله: (**بِمَعْهُودٍ**) لأن المعهود هو أيضاً أصل فيستصحب، وعرفهما معاً ولم يكتب بواحد؛ لأن القصد من التعريف البيان، وإفراد كل منهما بالتعريف أوضح، ولكنه أشكل على تمييز أحدهما عن الآخر، فقد تكون معرفة كل واحد منهما ظاهرة، وقد تظهر معرفة أحدهما دون الآخر، فإذا كان رسم كل واحد منهما معلوماً عند الفقيه وعرضت عليه مسألة؛ نظر فيها بقول كل واحد من

الخصمين، فإن انطبق رسم المدعي على أحدهما ورسم المدعى عليه على الآخر فذلك غاية البيان، وإن انطبق رسم المدعي على كلام أحدهما ولم ينطبق رسم المدعى عليه على كلام آخر لم يضره ذلك؛ لأن معرفة المدعي توجب معرفة المدعى عليه وكذلك العكس.

فَلِذَلِكَ كَانَ مُدَّعِي رَدِّ الْوَدِيعَةِ مَقْبُولاً لائْتِمَانِهِ، وَمُدَّعِي حُرِّيَّةِ الأَصْلِ صَغِيراً كَانَ أَوْ كَبِيراً مَا لَمْ يَثْبُتْ عَلَيْهِ حَوْزُ الْمِلْكِ، بِخِلافِ مُدَّعِي الْعِتْقِ

يعني: أنه لا عبرة بلفظ المدعي والمدعى عليه، وإنما المعتبر المعنى المذكور، فلأجل ذلك المعنى كان قول المدعي لرد الوديعة إذا لم يكن أصلها ببينة مقبولاً؛ لأنه ترجح بمعهود عرفي، إذ العرف في ائتمانه يقتضي تصديقه، وكان قول مدعي الحرية في الأصل مقبولاً؛ لأنه ترجح بأصل، إذ الأصل عدم الرق، اللهم إلا أن يثبت عليه حرز الملك فيستصحب، وهكذا نص عليه في كتاب العتق الثاني من المدونة.

قوله: (**بِخِلافِ مُدَّعِي الْعِتْقِ**) أي: فإن قوله غير مقبول؛ لأنه ثبت رقه والأصل استصحابه. ابن عبد السلام: وقد قيل بمسألة الحرية ثلاثة أقوال.

فوائد:

الأولى: أن من تمسك بالأصل فهو المدعى عليه وخصمه هو المدعي، وذلك من قوله: (**وَمُدَّعِي حُرِّيَّةِ الأَصْلِ**).

الثانية: بين قوله: (**مَا لَمْ يَثْبُتْ عَلَيْهِ حَوْزُ الْمِلْكِ**) أن الأصل والغالب إذا تعارضا فالحكم للغالب.

الثالثة: إذا ثبت الانتقال عن الأصل ببينة أو إقرار، فمن طلب رفعه فهو المدعي.

وَشَرْطُ الْمُدَّعَى: أَنْ يَكُونَ مَعْلُوماً مُحَقَّقاً، فَلا يُسْمَعُ: لِي عَلَيْهِ شَيْءٌ

أي: شرط المدعى به، واحترز بالمعلوم من المجهول فلا يسمع: لي عليك شيء، وبالمحقق فلو قال: أظن أن لي عنده شيئاً، أو شك فلا يسمع ذلك.

المازري وغيره: إنه لو قال: لي عنده شيء، جوزنا فيه أن الطالب يقر بعمارة ذمة المطلوب بشيء وجهل مبلغه وأراد أن يجاوبه المطلوب عن ذلك؛ إما بإقرار أنه ادعى به عليه التفصيل وذكر المبلغ، وإما بالإمكان له من أصله؛ ألزم الجواب، قال: وكذلك لو سأله سؤالاً شاكًّا فيما له عليه، هل يستحق قبله شيئاً أم لا، فإن هذا يظن فيه وفي تفصيل القول فيه. وزاد المازري شرطاً آخر للدعوى؛ وهو أن تكون مما لو أقر بها للمدعى عليه للزمه، فإنه لو ادعى رجل على آخر هبة، وقلنا: إنها لا تلزم بالقول، فإن بعض العلماء ذهب إلى أن الجواب لا يلزمه هناك، وكذلك الوصايا إذا رجع عنها وهو شرط ظاهر.

وَيَكْفِي أَنْ يَقُولَ: اشْتَرَيْتُ وَبِعْتُ وَتَزَوَّجْتُ، وَيُحْمَلُ عَلَى الصَّحِيحِ.

يعني: أن من ادعى أمراً معلوماً محققاً من بيع أو شراء أو تزويج فلا يلزمه بيان شروط صحته، ولا يستفصل شروط الحاكم المدعى على ذلك، بل يكفيه أن يقول: اشتريت وبعت وتزوجت، وخالف الشافعي في النكاح فقط ورأى أنه لا يقبل الدعوى فيه حتى يذكر المدعي شروط الصحة، فيقول: عقدت النكاح بصداق وولي وشاهدين، ووافق على أنه لا يلزمه في النكاح انتفاء الموانع؛ إذ لا فرق بين ذكر شروط الصحة وانتفاء موجبات الفساد.

وَلا يَحْلِفُ مَعَ [٦٨٩/ب] الْبَيِّنَةِ إِلا أَنْ يُدَّعَى عَلَيْهِ طُرُوُّ مَا يُبَرِّئُهُ مِنْ إِبْرَاءٍ أَوْ بَيْعٍ

يعني: إذا أقام بينة معتبرة على دعواه فلا يلزمه مع ذلك يمين على صحتها خلافاً للشافعي، ودليله قوله صلى الله عليه وسلم: «**شاهداك أو يمينه**». إلا أن يدعي المدعى عليه على المدعي أنه أبرأه من الحق أو عاوضه؛ فيحلف المدعي حينئذٍ، لأن البينة لم تتضمن ذلك إثباتاً ولا نفياً، وإذا توجهت اليمين على المدعي فنكل عنها حلف المطلوب وبرئ، قاله في المدونة.

فرع:

واختلف إذا قال المدعى عليه إن قام عليه بشهادة عدول: احلف لي بأنك لا تعلم فسق شهودك، هل يحلف على ذلك، أم لا؟ ذكر المازري فيه الخلاف عن العلماء، ثم أشار إلى استظهار الوجوب، فكذلك إذا قال له: احلف لي أنك تستحلفني في هذه الدعوى فيما مضى، قال: والذي مر به القضاء والفتيا عندنا لزوم المدعي اليمين للمدعى عليه أنه ما استحلف قبل ذلك، أو يرد عليه قد استحلفه على هذه الدعوى أنه لا يحلف له مرة أخرى.

فَلَوْ قَالَ: أَبْرَأَنِي مُوَكِّلُكَ الْغَائِبُ مِنَ الحَقِّ، فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يَنْتَظِرُ. وَقَالَ ابْنُ كِنَانَةَ: إِنْ كَانَ كَالْيَوْمِ، وَإِلاَّ حَلَفَ الْوَكِيلُ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ...

أي، إذا قال المدعى عليه لوكيل الغائب: أبرأني موكلك الغائب من الحق، فقال ابن القاسم في المجموعة: لا يحلف الوكيل وينتظر الغائب، وفي بعض النسخ: وينتظر، فيعود على المدعى عليه أن يؤخر حتى يجتمع بالمدعي، وقال ابن كنانة في المجموعة: إن كان الطالب قريباً من مثل اليومين فيكتب إلى الحاكم فيحكم، وإن لم يكن قريباً حلف الوكيل أني ما علمت أنه قبض من الحق شيئاً، أو يقضى له، وقال ابن المواز: يقضى على المطلوب وترجى له اليمين على الموكل، فإذا لقيه حلف المطلوب واسترجعه، وكلام المصنف يقتضي أن قول ابن كنانة خلاف لقول ابن القاسم، وحمل غير واحد قولهما على الوفاق، وأن ابن القاسم يوافق على الانتظار في المدة القريبة، ولهذا قال في البيان: ولا خلاف في الغيبة القريبة أنه لا يقضى للوكيل إلا بعد يمين موكله.

وَمَنِ اسْتَمْهَلَ لإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ أَوْ دَفْعِهَا أُمْهِلَ جُمُعَةً، وَيُقْضَى وَيَبْقَى عَلَى حُجَّتِهِ، وَلِلْمُدَّعِي طَلَبُ كَفِيلٍ فِي الوَجْهَيْنِ...

(**اسْتَمْهَلَ**) أي: طلب أن يمهل، أي لإقامة بينة، هذا في حق المدعي، أو لدفعها، هذا في حق المطلوب أمهل جمعة، هو لغير ابن القاسم في المدونة، قال فيها: وإذا ادعى شهوداً

حضروا على حقه أوقف الخمسة الأيام والجمعة. ابن عبد السلام: والمذهب لا تحديد في ذلك. قال غير واحد من أهل المذهب: وضرب الأجل مصروف إلى اجتهاد القضاة والحكام، وليس فيه حد محدود لا يتجاوز، وإنما هو بحسب ما يقتضيه الحال، وقد تقدم في الأقضية من كلام ابن راشد: أن العمل على أحد وعشرين يوماً، وذكر ابن سهل وغيره: إذا كان في الأصول أُجِّل المعذر إليه من طالب أو مطلوب خمسة عشر يوماً، ثم ثمانية، ثم أربعة أيام، ثم ثلاثة تتمة الثلاثين يوماً، ذكره ابن العطار.

وقوله: **(وَيُقْضَى وَيَبْقَى عَلَى حُجَّتِهِ)** ظاهره كان طالباً أو مطلوباً، وهو ظاهر المدونة آخر كتاب الأقضية؛ لقوله: يقبل ما أتى به بعد التعجيز إذا كان لذلك وجه، وقيل: لا تبقى له حجة طالباً كان أو مطلوباً، ونقله ابن عبد السلام عن الأكثر، قال في المدونة: تدل عند الأكثرين عليه، وقيل: تقبل من الطالب دون المطلوب، وقد تقدم هذا المعنى في الأقضية.

وَلِلْمُدَّعِي طَلَبُ كَفِيلٍ فِي الأَمْرَيْنِ

أي: في إقامة البينة وفي دفعها، وأجمل في الكفيل؛ إذ لم يبين هل بالوجه أو بالمال، فأما المطلوب إذا أجل لدفع البينة؛ فللطالب أخذ حميل بالمال. المازري: وكذلك لو أقام عليه شاهداً وطلب ذلك المدعي ليأتي بشاهد آخر، وأما إن طلب المدعي كفيلاً حتى يقيم البينة بالحق، فحكى المازري الاتفاق على أنه لا يلزمه حميل بالمال.

وأما بالوجه ففي الحمالة من المدونة: ومن كان بينه وبين رجل خلطة فادعى عليه حقًّا؛ لم يجب عليه حميل بوجه حتى يثبت حقه، قال غيره: إذا ثبت الخلطة بينهما فله عليه كفيل بنفسه ليوقع البينة على عينه، وفي الشهادات: ومن ادعى قبل رجل ديناً أو غصباً أو استهلاكاً، فإن عرف بمخالطته في معاملته أو علمت تهمته فيما ادعى قبله من التعدي والغصب؛ نظر فيه الإمام، فإما أن يحلفه أو يأخذ له كفيلاً حتى يأتي بالبينة، وإن لم تعلم

خلطته أو تهمته فيما ذكر لم يعرض له، ثم قيل: ما في الموضعين خلاف، وقال أبو عمران: المراد بالكفيل في الشهادات الوكيل، بمعنى أنه يوكل من يلازمه ويحرسه؛ لأنه يطلق على الوكيل كفيل، وقال ابن يونس: في الحمالة؛ يعني عن ابن القاسم: إذا لم يكن المدعى عليه معروفاً مشهوراً فللطالب عليه كفيل بوجهه ليوقع البينة على عينه، وأما لو كان المدعى عليه معروفاً مشهوراً؛ فليس للطالب عليه كفيل بوجهه، لأنا نسمع عليه البينة في غيبته، [٦٩٠/ أ] وكذلك معنى قول ابن القاسم، والله أعلم.

وَإِذَا امْتَنَعَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ مِنْ إِقْرَارٍ أَوْ إِنْكَارٍ، فَرَوَى أَشْهَبُ: يُحْبَسُ، وَقَالَ أَصْبَغُ: هُوَ كَالنَّاكِلِ يَحْلِفُ الْمُدَّعِي وَيُحْكَمُ عَلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ مِمَّا يَثْبُتُ بِالْبَيِّنَةِ طُولِبَ بِهَا وَحُكِمَ. وَقَالَ مُحَمَّدٌ: يُحْكَمُ عَلَيْهِ بِغَيْرِ يَمِينٍ. وَقَالَ اللَّخْمِيُّ: يُخَيَّرُ فِي الثَّلاثَةِ، فَإِنِ اخْتَارَ الْحُكْمَ بِغَيْرِ يَمِينٍ كَانَ عَلَى حُجَّتِهِ..

يعني: إذا فرغ المدعي من دعواه كلف المدعى عليه بالجواب بأن يقر أو ينكر، فإن لم يفعل؛ فروى أشهب: يحبس حتى يقر أو ينكر واستصوبه محمد. ابن راشد: وهو الظاهر؛ لأن الخصم لم يتوجه عليه غير ذلك.

ابن عبد السلام: وبه جرى العمل ويؤدب. ابن سهل: وأفتى فقهاء قرطبة في مثل هذا بالضرب حتى يقر أو ينكر، فإن تمادى على إنكاره حلف عليه بغير يمين. وقال أصبغ: لا يخلو الذي وقع التنازع فيه إما أن يثبت بالنكول واليمين أو لا؛ **فالأول**: يقول القاضي إما أن تجيب، وإما أن يحلف ويحكم له عليك. وهذا بشرط أن تكون الدعوى مشبهة، ولم يتعرض المصنف لهذا الشرط لكونه شرطاً في مطلق الدعوى، وسيأتي تنبيه المصنف.

والثاني: وهو أن تكون الدعوى مما لا يثبت إلا ببينة، فإنه يطلب خصمه، فإن تمادى هذا على ترك الكلام حكم عليه، وهذه الزيادة أيضاً لا تفهم من كلام المصنف، وقال محمد بن المواز: يحكم عليه ولا يحتاج إلى يمين المدعي، وقال اللخمي: مخير في الثلاثة

المتقدمة؛ فإما أن يحبس له المدعى عليه فيجيب بالإقرار أو الإنكار، وإما أن يحلف ويأخذ ما وقع النزاع عليه ملكاً؛ لأن امتناع المدعى عليه من الجواب امتناع من اليمين في المعنى؛ لأن الجواب سابق على اليمين وشرط فيها، وإما أن يحكم له الآن دون يمين، فإن أجاب خصمه بعد ذلك بالإنكار سمع منه وتمم الحكم بينهما.

وَلِلْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَنْ يَسْأَلَ عَنِ السَّبَبِ، وَيُقْبَلُ دَعْوَى نِسْيَانِهِ بِغَيْرِ يَمِينٍ، وقَالَ الْبَاجِيُّ: الْقِيَاسُ الْيَمِينُ...

يعني: أن المدعي إذا ادعى بألف درهم مثلاً؛ فللمدعى عليه أن يسأله من أي وجه يستحقها عليَّ، فإن بيَّن الطالب وجهه؛ وقف المطلوب عليه ولزمه أن يقر أو ينكر، وإن أبى ولم يدعِّ نسيانه لم يسأل المطلوب عن شيء، قاله أشهب في المجموعة، وهو في كتاب ابن سحنون أيضاً، ووجهه: أن المدعي إذا ذكر السبب يحتمل أن يكون فاسداً فلا يرتب على المدعى عليه غرامة.

وقوله: (**وَيُقْبَلُ دَعْوَى نِسْيَانِهِ بِغَيْرِ يَمِينٍ**) وقال الباجي: القياس بيمين، هذا من تمام قول أشهب، وقول الباجي أظهر.

فرع:

وإن أنكر المطلوب المعاملة كلف الطالب البينة، نقله الباجي.

وَجَوابُ دَعْوَى الْقِصَاصِ عَلَى الْعَبْدِ، وَدَعْوَى الأَرْشِ عَلَى السَّيِّدِ

لأنه إنما يكلف الجواب من يتوجه الحكم عليه، وفي معنى القصاص حدُّ القذف ونحوه.

وقوله: (**وَدَعْوَى الأَرْشِ عَلَى السَّيِّدِ**) يريد: إلا أن تقوم قرينة توجب إقرار العبد فيها بالمال، كما قال في كتاب الديات: في عبد على برذون مشى على أصبع صبي فقلعها فتعلق

به وهو يدمي، يقول: هذا فعل فيَّ، فصدقه العبد؛ أن الأرش يتعلق برقبة العبد، وأما على غير هذا من إقرار العبد فلا يقبل إلا بالبينة، وحيث قلنا إقرار العبد في القصاص يعفو عنه من يستحق القصاص على أن يأخذ العبد فليس له ذلك؛ لأن العبد يتهم على أن يكون أراد الفرار من سيده بإقراره على هذا الوجه، قاله في المدونة أيضاً.

وَالْيَمِينُ فِي الْحُقُوقِ كُلِّهَا: وَاللهِ الَّذِي لا إِلَهَ إِلا هُوَ فَقَطْ عَلَى الْمَشْهُورِ. وَرَوَى ابْنُ كِنَانَةَ: يُزَادُ فِي رُبُعِ دِينَارٍ، وَفِي الْقَسَامَةِ، وَاللِّعَانِ: عَالِمِ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ...

ظاهره أنه لابد من الاسم المعظم ووصفه بالذي لا إله إلا هو.

المازري: والمعروف من المذهب المنصوص عند جميع المالكية أنه لا يكتفى بالله فقط، وكذلك نص عليه أشهب، وكذلك لو قال: وهو الذي لا إله إلا هو، ما أجزأه حتى يجمع بينهما، وقال اللخمي: الذي يقتضي قول مالك الإجزاء إذا اقتصر على أحدهما، واختاره واستدل له بلزوم الكفارة في أحدهما بغير خلاف.

المازري: وإنما تعلق ما نسبه لمالك بما وقع في المدونة في ذكره يمين اللعان في قوله: يقول بالله، وبما قاله في يمين اليهودي والنصراني أنه يقول بالله، وهذا ليس المقصود به عند مالك -رضي الله عنه- أنه اللفظ الذي يذكر هنا، وإنما أراد بيان ما وقع فيه الإشكال، وإثبات الزيادة واللعان، وإثبات ذكر الذي أنزل التوراة على موسى -عليه السلام- في حق اليهودي، وإثبات الذي أنزل الإنجيل على عيسى -عليه السلام- في حق النصراني.

وقوله: (**وَرَوَى ابْنُ كِنَانَةَ... إلخ**) ظاهر التصور، وزيد في القسامة قول ثالث؛ أن يقول: أقسم بالله الذي أحيا وأمات. ويتحصل في فهم اللخمي في اللعان أقوال؛ **الأول** مذهب المدونة: بالله. **الثاني** في الموازية: أشهد بعلم الله.

اللخمي: يريد أنه جائز لا أنه لا يجزئ غيره. **الثالث**: القول الذي قدمه المصنف. **الرابع**: القول الثاني من كلام المصنف. **الخامس**: بالله الذي لا إله إلا هو الرحمن الرحيم. ويتحصل فيه أقوال؛ **أولها**: بالله الذي لا إله إلا هو. **الثاني**: أن يقول الذي أمات وأحيا. **الثالث**: أن يقول لا إله [٦٩٠/ ب] إلا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم. **الرابع** وذكر ابن رشد أنه مضى به العمل عندهم: عالم الغيب والشهادة، ولم يذكر الرحمن الرحيم، وزاد فيه أن تكون الأيمان إثر صلاة العصر يوم الجمعة.

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَلا يُزَادُ عَلَى الْكِتَابِيِّ: الَّذِي أَنْزَلَ التَّوْرَاةَ وَالإِنْجِيلَ. وَقِيلَ: يُزَادُ

الأول المشهور، والثاني رواه الواقدي عن مالك، ومعناه: يزاد على اليهودي؛ الذي أنزل التوراة على موسى، وعلى النصراني؛ الذي أنزل الإنجيل على عيسى عليه السلام، وأطلق المصنف لعدم الإلباس، وإنما جمعها في القول الأول في سياق النفي. قال في المدونة: ويحلفون في كنائسهم حيث يعظمون، وظاهر قول مالك: أن المجوسي يحلف كما يحلف المسلم بالله الذي لا إله إلا هو. وقيل: لا يلزمه أن يقول إلا بالله، ومقتضى كلام المصنف أن الكتابي يقول في يمينه: والله الذي لا إله إلا هو. وفي المدونة: ولا يحلف اليهودي والنصراني في قوله في لعان أو غيره إلا بالله.

عياض: فحمله بعض الشيوخ على ظاهره وأنهم لا يلزمهم تمام الشهادة؛ إذ لا يعتقدونها فلا يكلفون ما لا يدينون به وهو مذهب ابن شبلون، وفرق غيره بين اليهود فألزمهم ذلك لقولهم بالتوحيد وبين غيرهم. وقال غيره: لنا يحلفون بالله فقط هنا، لما سأله عنه: أيزيدون الذي أنزل التوراة على موسى عليه السلام والإنجيل على عيسى عليه السلام، فقال: أن يحلفوا بالله فقط لا يلزمون بما سألت عنه. وذهب بعضهم إلى أن جميعهم يلزمه هذا اعتقده أم لا، رضيه أم كرهه، ولا يعد قولهم ذلك إسلاماً، وإنما هو حكم يجريه عليه الإسلام كما يلزمون فيما تحاكموا فيه مع المسلمين بحكم الإسلام، وإليه ذهب المتقدمون والأصحاب. انتهى باختصار.

وَتُغَلَّظُ فِيمَا لَهُ بَالٌ بِالْمَكَانِ. وَقِيلَ: وَبِوَقْتِ الصَّلاةِ، وَتُغَلَّظُ فِي الدِّمَاءِ وَاللِّعَانِ بِهِمَا ...

الذي له بال هو ربع دينار فصاعداً، (**بِالْمَكَانِ**) أي: بالجامع. وأما ما دون ذلك فيحلف حيث كان.

قوله: (**وَقِيلَ: وَبِوَقْتِ الصَّلاةِ**) فهم منه شيئان؛ **أولهما**: أن الأول تغلظ بوقت الصلاة. **وثانيهما**: أن القول الثاني وافق على التغليظ بالمكان أو لإثبات الدار.

وقوله: (**بِوَقْتِ الصَّلاةِ**) أي: حين يحضر الناس في المساجد ويجتمعون للصلاة وتغلظ في الدماء وفي اللعان بهما؛ أي: بالزمان والمكان، وحاصله: أنه اتفق على التغليظ بهما في الدماء واللعان، واختلف في الأموال، ونزل قوله: ﴿ **إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَـٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلاً** ﴾ [آل عمران: ٧٧] فيمن حلف بعد العصر على يمين كاذبة.

فرع:

المازري: المعروف أنه لا ينوب مناب الجامع الأعظم آخر ولو كان مسجد جماعة وقبائل، وأخذ الباجي التحليف في سائر المساجد مما رواه ابن سحنون: في امرأتين ممن لا يخرج، فأمر أن يخرجا من الليل إلى الجامع، فسئل عن تحليفهما في أقرب المساجد ولا يكلفان إلى الجامع، فأجاب إلى ذلك، ورده المازري بكونه ذكر اختصاص من يُستحلف بمعنى يوجب تغير الحكم بكون امرأتين مخدرتين لا يتصرفان، فكما نقلهما من الحلف نهاراً إلى الليل ستراً عليهما كذلك ينقلهما إلى أقرب المساجد.

وَتَخْرُجُ الْمُخَدَّرَةُ مِنَ الْحُرَّةِ وَالأَمَةِ إِلَى الْمَسْجِدِ لَيْلاً، وَيُجْزِئُ فِي تَحْلِيفِهِمَا الْوَاحِدُ، وَالاثْنَانِ أَوْلَى...

أي: تخرج فيما له بال؛ لأن كلامه فيه، وظاهره أنه تخرج لربع دينار فصاعداً.

المازري: وهو المشهور وهو قول مطرف وابن الماجشون. وفي الموازية عن ابن القاسم: أنها لا تخرج إلا في المال الكثير الذي له بال، وفسره اللخمي بالدينار فأكثر.

الجوهري: والخدر الستر، وجارية مخدرة: اللازمة الستر، وظاهر كلام المصنف: أنها تخرج ليلاً ولو كان لا تخرج جملة ولا تتصرف كنساء الملوك، وهكذا قال الأندلسيون، قالوا: وإن منعت من الخروج حكم عليها بحكم الملك.

عياض: وليس بصواب؛ لأنها مكرهة فكيف تؤخذ بذنب، وقال ابن كنانة وغيره، وهو الذي ذكره عبد الوهاب: إن مثل هذه تحلف في بيتها وهو ظاهر، والمدونة محتملة للقولين؛ لقوله: وإن كانت ممن لا تخرج نهاراً فلتخرج ليلاً. وفي بعض النسخ: (لا تخرج) ولم يذكر نهاراً، وهذا إنما هو فيما تطلب به المرأة من اليمين وجب عليها، فأما يمينها فيما تستحق به حقها فلتخرج إلى موضع اليمين، نص عليه ابن كنانة في المدونة وغيره ولم يذكر فيه خلافاً.

وقوله:(**مِنَ الْحُرَّةِ وَالأَمَةِ**) نحوه في الجواهر عن ابن عبد الحكم، والذي في المدونة: وأم الولد مثل الحرة فيمن تخرج أو لا تخرج، فخص ذلك بأم الولد، وقال بإثر ذلك: وأما العبد ومن فيه بقية رق فهو كالحر في اليمين.

ابن عبد السلام: وفي المدونة: وأما المكاتبة والمدبرة فهما كالحرة في اليمين.

خليل: لم أجد هذا في كل النسخ بل في بعضها، ولم يتكلم على هذه الزيادة أبو الحسن في التنبيهات في باب الأقضية.

وقوله -يعني في المدونة-: وأما ما سألت عنه من المكاتب والمدبر وأمهات الولد؛ فسنتهم سنة الأحرار، إلا أني أرى أمهات الأولاد كالحرائر؛ منهن من تخرج ومنهن من لا تخرج. حمل بعضهم الكلام الأول على الذكران دون الإناث، ولهذا استثنى أمهات

الأولاد، وعليه اختصر أبو محمد، وذهب آخرون إلى أن الكلام [٦٩١/ أ] على الذكران والإناث وأنهم ما عدا أمهات الأولاد كالرجال في اليمين، وإنما استثنى أمهات الأولاد؛ لأن لهن حرمة ساداتهن وأبنائهن كحرمة الحرائر، ومن عداهن من المكاتبات والمدبرات والسراري كالذكران من الرجال، وإليه ذهب ابن محرز. ووقع في كلام ابن القاسم في هذه المسألة في كتاب الشهادات: وأما ما سألت عنه من المدبرات والمكاتبة وأمهات الأولاد فسنتهم سنة الأحرار. انتهى. وهذا يرجح سقوط التي ذكرها ابن عبد السلام، ثم قوله: (الحرة) يحتمل في نفس اليمين.

قوله: (**وَيُجْزِئُ فِي تَحْلِيفِهِمَا الْوَاحِدُ، وَالاثْنَانِ أَوْلَى**) وهو مذهب المدونة. قال عياض: وهو أحد قوليه في هذا الأصل كالنظر في العيوب والترجمان، ونحو ذلك.

وَيَمِينُ الْمَسْجِدِ قَائِماً مُسْتَقْبِلاً. وَقِيلَ: إِنْ كَانَتْ فِي لِعَانٍ أَوْ قَسَامَةٍ

أخذ من صريحه أن اليمين إذا كانت فيما له بال وأوقعت في المسجد يلزم فيها القيام والاستقبال، وفهم من كلامه أنه إذا لم تكن فيما له بال يحلفها كيف تيسر، وهذا قول مطرف وابن الماجشون، وهو خلاف مذهب المدونة؛ لأن فيها: وكل ما له بال فإنما يحلف فيه في جامع بلده في أعظم مواضعه وليس عليه أن يستقبل القبلة، وروي عن مالك: أنه يحلف جالساً ولا يحلف قائماً.

وقوله: (**وَقِيلَ: إِنْ كَانَتْ فِي لِعَانٍ أَوْ قَسَامَةٍ**) أي: فيحلف فيهما قائماً مستقبلاً، وهو قول أشهب.

وَلاَ يَعْرِفُ مَالِكٌ الْيَمِينَ عِنْدَ الْمِنْبَرِ إِلا فِي الْمَدِينَةِ فِي رُبُعِ دِينَارٍ فَأَكْثَرَ، وَيَحْلِفُ فِي أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ فِي سَائِرِ الْمَسَاجِدِ...

نحوه في المدونة، وإنما اختص منبر النبي صلى الله عليه وسلم بهذا لأنه موضع مصلاه، وقد قال عليه السلام: «**من حلف عند منبري آثماً إنما تبوأ مقعده من النار**».

وظاهر المدونة ألا يحلف في سائر المساجد غير مسجده صلى الله عليه وسلم عند المنبر، وقد صرح ابن وهب في روايته بذلك، وقال مطرف وابن الماجشون: يستحلفون في ربع دينار في المدينة عند منبره صلى الله عليه وسلم، وفي غيرها في المسجد الأعظم حيث يعظمون منه عند غيرهم أو تلقاء قبلتهم، ولو اتفق أن يكون في بعض المساجد المنبر في وسط المسجد لكانت اليمين عند المحراب دون المنبر.

المازري: والمعروف أنه يحلف في المدينة عند منبره صلى الله عليه وسلم، وفي مكة عند الركن، وفي غيرهما من البلاد في الجامع الأعظم، وهل يختص في الجامع الأعظم بمكان المنبر؟ وقع في بعض الإطلاقات ما يشير إلى أنه لا يشترط اليمين عند المنبر إلا في منبر الرسول صلى الله عليه وسلم، وذكر ابن حبيب عن بعض أصحاب مالك أن الاستحلاف عند المنبر وتلقاء القبلة، يشير بذلك إلى أن المحراب هو أعظم حرمة مما سواه في المسجد لكونه محل من يقتدى به.

المازري: والمعروف من المذهب أنه لا يستحلف في المسجد في أقل من ربع دينار، لكن ابن الجلاب قصر هذا الاحترام على مسجده صلى الله عليه وسلم، فقد شرط في الاستحلاف أن يبلغ الحق ربع دينار، واستحلف فيما سواه من البلدان في المسجد الأعظم في أقل من ربع دينار، وعلى هذا فقول المصنف: (**وَيَحْلِفُ فِي أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ فِي سَائِرِ الْمَسَاجِدِ**) خلاف المعروف.

قَالَ: وَمَنْ أَبَى أَنْ يَحْلِفَ عِنْدَهُ كَانَ نَاكِلاً

أي: قال مالك: ومن أبى أن يحلف عند المنبر كان ناكلاً.

وَشَرْطُ الْيَمِينِ أَنْ يُطَابِقَ الإِنْكَارَ

اليمين إذا توجهت على المدعى عليه لإنكاره فشرطها أن تكون مطابقة لإنكاره، كما لو ادعى عليه أنه اشترى منه فأنكره، فيحلف أنه اشترى منه كذا. قال في المدونة: ولو أراد أن يحلف أنه لا حق لك قبلي، فليس له ذلك؛ لأن هذا يريد أن يوري.

ابن القاسم: يعني يلقن. وشرحه التونسي: بأنه يريد أن يتحيل على أن يكون القول قوله في القضاء بقوله: ما له عندي. واشترط ابن الماجشون المطابقة وأجاز أن يحلف أنه لا حق لك قبلي، يريد لا قليلاً ولا كثيراً، هكذا ذكر المازري عنه وهو ظاهر؛ لأن اليمين على نية المستحلف.

المازري: واختار ابن حبيب الاستظهار بقرائن الحال، فإذا كان المدعى عليه من أهل الصلاح والفضل والمدعي من أهل التهم ومن يظن به أنه ادعى الباطل؛ قنع في اليمين بما قاله ابن الماجشون، فيقول: ما لك عندي حق قليل ولا كثير، وقال: وهذا قاله ابن الماجشون.

(لا قليل ولا كثير) إشارة إلى إحدى الطريقتين في المسألة التي أشرنا إلى اختلاف العلماء فيها إذا ادعى رجل بعشرة، فقال: ما لك عندي عشرة، أنه يضيف إلى هذا ولا أقل منه.

وَالْيَمِينُ مَعَ الشَّاهِدِ عَلَى وَفْقِ الشَّهَادَةِ بِأَنَّه أَقَرَّ، وَلا يَلْزَمُهُ أَنَّ عَلَيْهِ كَذَا

لما تكلم على اليمين في جانب المدعى عليه تكلم فيها إذا كانت في جانب المدعي، وهي على قسمين؛ **أحدهما**: أن يقوم له شاهد بالحق. **والثاني**: أن يردها عليه، لكن المصنف ترك بيان هذا القسم الثاني استغناء ببيان يمين المدعى عليه، فإن من ردت عليه يمين فإنما يحلفها إثباتاً ونفياً على مناقضة من ردها عليه، كما استغنى أيضاً عن بيان يمين المدعى عليه إذا ردها المدعي إذا قام له شاهد للوجه الذي قلناه، ومعنى كلامه هنا: أنه إذا شهد شاهد له أن فلاناً أقر له بمائة، فإنما يحلف على [٦٩١/ ب] وفق الشاهد لا على وفق دعواه. ابن عبد الحكم: وليس للطالب أن يحلف أن له عليه مائة أو غصبه مائة، ولهذا لو قال المصنف عوض قوله: **(وَلا يَلْزَمُهُ)** (ولا يقبل منه أن عليه كذا) كان أحسن، ثم يظهر ما قاله ابن عبد الحكم إذا قلنا أن اليمين كشاهد ثانٍ، وأما على قول من يرى أن الحق إنما هو مستند للشاهد واليمين إنما هي استظهار؛ فينبغي ألا يشترط المطابقة.

فَإِنْ كَانَ عَلَى غَائِبٍ زَادَ: وَأَنَّهُ بَاقٍ عَلَيْهِ إِلَى الآنَ

قد تقدم في كلام المصنف في آخر باب الأقضية في هذه المسألة خلاف، لكن إذا حلف أنه باقٍ عليه إلى الآن استلزم الفصول كلها.

ويَحْلِفُ مَنْ بَلَغَ مِنْ وَرَثَتِهِ كَذَلِكَ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ

يعني: إذا ادعى من عليه الحق من الورثة أنهم علموا بالقضاء فيحلف من كان منهم بالغاً يوم الموت؛ لأنه يظن به أنه علم بذلك، وأما من كان صغيراً فلا.

وقوله: (**عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ**) فيقول: ما علمت أنه قبض منك شيئاً، ولا يكلف البَتَّ.

قال في الجواهر: وإذا حلف البالغ قضي لجميعهم، واختلف: هل لا يحلف الوارث إلا بشرط أن يدعي المطلوب عليه العلم أو لا يشترط ذلك.

ابن عبد السلام: وظاهر كلام المصنف أنه لا يحلف كل من بلغ، والمذهب أنه لا يحلفها من البالغين إلا من يظن به منهم العلم؛ كقريب القرابة المخالط، وأما من بَعُد كابن العم والأخ الذي لا يخالط أخاه فلا يحلف كالصغير.

وَيَحْلِفُ فِي الرَّدِيءِ عَلَى نَفْيِ الْعِلْمِ، وَفِي النَّقْصِ عَلَى الْبَتِّ

أي: في الدرهم الجيد والرديء، فحذف الموصوف، فيقول: ما أعطيته إلا جياداً في علمي، وظاهره أن هذا في حق الصيرفي وغيره وهو قول ابن القاسم، وقيل: بل يحلف على البت، وفصل ابن كنانة وابن جبيب فقالا: يحلف الصيرفي على البت وغيره على العلم؛ لأن الصيرفي لا تشكل عليه الدراهم بخلاف غيره. قال في الجواهر، ولو قال: ما أعرف الجيد من الرديء، فقال بعض الأصحاب: يحلف ما أعطيته رديئاً في علمي، وحلف في النقص على البت؛ لأن النقص يمكن فيه حصول القطع ولا يتعذر الجزم به أو بعدمه بخلاف الجودة والرداءة.

وَمَا يُحْلَفُ فِيهِ بَتًّا يُكْتَفَى فِيهِ بِظَنٍّ قَوِيٍّ، أَوْ خَطِّ أَبِيهِ، أَوْ قَرِينَةٍ مِنْ خَصْمِهِ وَشِبْهِهِ. وَقِيلَ: الْمُعْتَبَرُ التَّغْيِيرُ...

لما ذكر أولاً أن اليمين إن كانت على نفي العلم اكتفي بالظن، وإن كانت على البت فقولان؛ أولهما: الاكتفاء بالظن كالأول. والثاني: لا بد من العلم. والقولان لمالك، والأول في كتاب ابن سحنون، واستقرأ من المدونة من كتاب الشهادات وكتاب الوديعة وكتاب الديات، والثاني في الموازية، واحتج للأول: بأنه لو أقام الصغير شاهدين بدين لأبيه لساغ له أخذ هذا المال والتصرف فيه مع أنه لا يقطع بصدق الشاهدين، فلما أبيح له الاعتماد على الظن أبيح له أن يحلف عليه بأن استباحة الأموال ورد الشرع بالتعويل فيها على الظاهر، ولو طلب فيها اليقين لأدى إلى ضرر عظيم لعسر تحصيل اليقين في كل وقت يحتاج الإنسان فيه قوته وغير ذلك من مهماته، ويلزم ألا يشتري شيئاً من السوق حتى يعلم صحة ملك البائع له، والبائع من البائع، بخلاف اليمين فإنه لا مانع في طلب اليقين فيها، بل مقتضى تعظيم حق الله ألا يحلف به إلا مع تيقن الصدق، ومن هنا تعلم أن قول المصنف في باب الأيمان: (**وَالظَّاهِرُ أَنَّ الظَّنَّ كَذَلِكَ**) مبني على القول الثاني لا على الأول.

وَالْيَمِينُ عَلَى نِيَّةِ الْحَاكِمِ فَلا تُفِيدُ تَوْرِيَةٌ الاسْتِثْنَاءَ

أي: التي يحلفها المدعى عليه هي على نية القاضي واعتقاده لا على نية الطالب، وقد تقدمت هذه المسألة في باب الأيمان، ووقع في بعض النسخ أن ما تقدم على المشهور؛ وهي زيادة تصح على طريق بعض الشيوخ كما تقدم.

وَيَمِينُ الْمَطْلُوبِ: مَا لَهُ عِنْدِي كَذَا وَلاَ شَيْءَ مِنْهُ، لاَ مُطْلَقاً

كما لو ادعى عليه عشرة وأنكرها فإنه يحلف: ما له عندي عشرة ولا شيء منها.

المازري: واختلف العلماء هل يكتفي بقوله: ما لك عندي عشرة، لكونه مطابقاً لما سئل عنه أو لابد أن يقول: ولا شيء منها. قال: والتحقيق عندي يقتضي ألا يكلف زيادة على العشرة إلا حين يدعي سؤالاً بآخر، ويقول: فهل لي عندك بعض العشرة، ويسمي جزءاً؛ فيلزم حينئذٍ المجاوبة.

فَإِنْ ذَكَرَ السَّبَبَ نَفَاهُ مَعَهُ عَلَى الْمَشْهُورِ. وَقَالَ الْبَاجِيُّ: الْقِيَاسُ أَنْ يُكْتَفَى بِذِكْرِ السَّبَبِ. وَعَنْ مَالِكٍ: يُقْبَلُ: مَا لَهُ عَلَيَّ حَقٌّ، ثُمَّ رَجَعَ...

أي: إن ذكر سبب العشرة، كما لو قال: أسلفته عشرة مثلاً، وفهم من هذا أن الكلام الأول إذا لم يذكر السبب، وقوله: (**نَفَاهُ**) أي: السبب معه. ابن عبد السلام: أي مع العدد، ويحتمل أن يقدر بعكس هذا التقدير، فيقول المدعى عليه في يمينه: والله الذي لا إله إلا هو ما له عندي عشرة من سلف ولا من غيره، هكذا نص عليه أشهب وسحنون. وقال الباجي: القياس أن يكتفى بقوله: ما له عندي عشرة من سلف؛ لأن اليمين مطابقة للجواب، والجواب مطابق كنفي الدعوى، والطالب لم يطلبه [٦٩٢/ أ] بغير ذلك، وفي أخذ زيادة قوله: ولا من غيره من كلام المصنف نظر، وهي زيادة لابد منها، ونص أشهب على أنه لو لم يزدها أن اليمين لا تجزئه. وعن مالك يقبل: ما له علي حق، ثم رجع، هذا هو الشاذ المقابل للمشهور وهو مذهب ابن الماجشون.

قَالَ ابْنُ دِينَارٍ، قُلْتُ لابْنِ عَبْدُوسٍ: فَيُضْطَرُّ إِلَى يَمِينٍ كَاذِبَةٍ أَوْ غُرْمِ مَا لاَ يَجِبُ، فَقَالَ: يَنْوِي شَيْئاً يَجِبُ رَدُّهُ، وَيَبْرَأُ مِنَ الإِثْمِ...

نسبة السؤال إلى ابن دينار وهم؛ لأنه إما محمد بن دينار وهو من أصحاب مالك، وإما عيسى بن دينار وهو من أصحاب ابن القاسم، وكلاهما أقدم من ابن عبدوس لأنه من أصحاب سحنون، والصواب ما ذكره ابن شاس، قال ابن حارث، قال محمد بن زياد لمحمد بن إبراهيم بن عبدوس: إذا أسلف الرجل الرجلَ مالاً فقضاه إياه بعد ذلك بغير

بينة وجحد القابض، فإن أراد أن يحلفه أنه ما أسلفه، فإن باطن أمره أنه قد قضى -أعني في ضميره- سلفاً يجب علي رده إليك في هذا الوقت، وبرئ من الإثم في ذلك، وانظر هذا مع قولهم أن اليمين على نية الحاكم، ووقع في بعض النسخ، قال ابن زياد: وعليها يندفع الاعتراض، ثم إن ما ذكره ابن عبدوس إنما هو مبني على القول الذي رجع إليه مالك، وأما على المرجوع عنه؛ فيكفي: ما له عندي شيء.

وَلَوْ قَالَ الْمَطْلُوبُ: هُوَ وَقْفٌ، أَوْ لِوَلَدِي، أَوْ لَيْسَ لِي؛ لَمْ يُمْنَعِ الْمُدَّعِي مِنَ الْبَيِّنَةِ

إذا كان المدعى فيه معيناً وكان بيد رجل فأجاب الذي هو بيده أنه وقف، أو قال: لولدي سواء كان صغيراً أو كبيراً، أو قال: ليس لي ولم يزد، قيل للمدعي: أقم البينة بأن هذا لا ينازعك فيه، وتكون المخاصمة بين المدعي وبين الناظر في الوقف، وبينه وبين الولد إن كان كبيراً، وبينه وبين أبيه إن كان صغيراً.

وَلَوْ قَالَ: لِفُلَانٍ الْحَاضِرِ، فَلْيَدَّعِ عَلَيْهِ، فَإِنْ حَلَفَ فَلِلْمُدَّعِي تَحْلِيفُ الْمُقِرِّ، فَإِنْ نَكَلَ حَلَفَ وَغَرِمَ قِيمَةَ مَا فَوَّتَهُ...

هذا تفريع على قوله: (**أَوْ لَيْسَ لِي**) فلا بد من استفساره إذا سماه، فإما أن يكون حاضراً أو غائباً، وتكلم المصنف أولاً على الحاضر وذكر أن الدعوى تنقل إليه إذا وافق على أنه له، ثم المدعي إما أن يقيم بينة وإما أن يحلف المقر له، فإن أقام بينة فواضح، وإن حلف فللمدعي أن يحلف المقر أنه ما أقر إلا بالحق، وإن نكل -أي: المقر- حلف -أي: المدعي- وغرم له المقر قيمة ما أتلف عليه بإقراره، أو مثله إن كان مثليًّا، وهذا ظاهر إذا حلف المقر له أولاً.

وأما إن كان المقر له نكل فانتقلت اليمين على المدعي فنكل عنها، فلا ينبغي أن يحلف المقر له؛ لأن من حجة المقر أن يقول: هب أني نكلت فلا يتعلق لك الحق بنكولي خاصة،

ولابد من اليمين معه، وقد توجهت هذه اليمين عليك بنكول المقر له فنكلت عنها، ومن نكل عن يمين فلا يعود فيها.

المازري بعد أن ذكر ما ذكره المصنف: إن للمدعي بعد تحليف المقر له أن يحلف المقر أيضاً، قال: وعلى قول من ذهب من الناس إلى أن متلف الشيء بإقراره لغير مستحقه لا يطلب بالغرامة، لا يمين هنا على المقر؛ لأنه لم يباشر الإتلاف، وإنما قال قولاً حكم الشرع فيه بإخراج ما أقر به من يده وكان سبباً في إتلافه، فلهذا لا يمكن من تحليفه؛ لأنه إذا لم يلزمه بالإقرار حكم ولا غرامة فلا يلزمه يمين، وأشار المازري إلى أن من الناس من رأى أنه لا غرامة على المقر إذا نكل بعد القول بتوجيه اليمين عليه. ابن عبد السلام: وفيه نظر.

وَإِنْ كَانَ غَائِباً لَزِمَهُ الْيَمِينُ أَوِ الْبَيِّنَةُ وَانْتَقَلَتِ الْحُكُومَةُ إِلَيْهِ، فَإِنْ نَكَلَ أَخَذَهُ بِغَيْرِ يَمِينٍ، فَإِنْ جَاءَ الْمُقَرُّ لَهُ فَصَدَّقَ الْمُقِرَّ أَخَذَهُ...

فإن كان المقر له غائباً غيبة بعيدة لا يلزم الإعذار إليه فيها، فلا خلاف أنه لا يسلم لمدعيه بمجرد دعواه، ولا خلاف أيضاً أنه لا يقبل قول المدعي مجرداً عن يمين وبينة ثم أقام بينة على أنه للغائب؛ كانت الدعوى بين هذا المدعي والغائب، وإن لم يقر وطلب المدعي يمين المقر؛ فقال أشهب: ما حكاه المصنف تلزمه اليمين أو البينة. وقال المازري: يسأل المدعي عن غرضه في تحليفه، فإن كان لينكل فيحلف المدعي ويغرم المقر قيمة الثوب، جرى على الخلاف في التغريم إذا أتلفه بالإقرار، وإن كان لينكل فيحلف المدعي ويستحق على المتنازع فيه ويبطل حق الغائب فيه الآن؛ ففيه خلاف.

وذكر ابن سحنون فيمن ادعى في دار في يده، فقال: هي لفلان الغائب، أنه إن حلف بقيت في يده، وإن نكل سلمها للمدعي من غير حلف حتى يقدم الغائب فيأخذها بإقرار من كانت في يده، قال: واختار بعض أشياخي سقوط اليمين عنه إذا لم يقل المدعي أنه أودعه هذه الدار ورهنه إياها؛ لكونه لا يلزمه أن يحلف لإثبات ملك غيره، فإن ادعى

عليه هذا الطالب أنه أودعه إياها أو رهنها عنده توجهت عليه اليمين لينفي عن نفسه غرامة قيمتها الواجبة عليه بإقراره بها لغيره، قال: ومن الناس من ذهب إلى أنه إذا نكل وحلف المدعي؛ أخذ المدعى فيه حتى يقدم الغائب فيخاصمه، ورأى أن هذا صيانة لقاعدة [٦٩٢/ ب] الشرع؛ لأنا لو صرفنا المدعي عن أخذ الثوب وعن تحليف المدعى عليه، لكان كل أحد يمكنه أن يصرف خصمه بإضافة المدعى فيه لغائب فتفسد قاعدة الشرع، لاسيما إذا قلنا: إن النكول مع يمين المدعي كالشهادة على هذا القول، وهو أن القاضي يحكم للمدعي بأخذ ما ادعاه ويمين المقر، فهل يكون ذلك حكماً على الغائب المقر له يستوفي له حجته كما تقدم في الحكم على الغائب، أو يكون حكماً على الحاضر فلا يفتقر إلى ذلك؛ لأن الغائب لم يتحقق ملكه لجواز أن يقدم فيرد الإقرار؟

المازري: والأولى عندي أن يستظهر باليمين الواجبة في القضاء على الغائب، ولو أقام المدعي بينة أن الدار مثلاً له ولم يكن للمدعى عليه حجة، فإنها تسلم إليه ويبقى الغائب على حقه إذا قدم، ولو أراد من بيده الدار أن يقيم بينة بملك الغائب يعارض بها بينة المدعي ولم يثبت له وكالة تبيح المدافعة؛ ففي تمكينه من ذلك للعلماء خلاف، فإن زعم المدعى عليه أن هذه الدار رهن في يديه؛ فالتحقيق يقتضي أن يمكن من إقامة البينة التي للغائب حينئذٍ.

وقوله: (**فَإِنْ نَكَلَ**) أي: المقر عن اليمين؛ أخذ المدعي المدعى فيه بغير يمين إذا جاء المقر له وصدق المقر أخذه المقر له، وهو الذي تقدم لابن سحنون في مسألة الدار، فأما إن حضر وكذب الإقرار سقط حقه ويبقى النظر هل يستحقه بيت مال المسلمين ويكون كمالٍ لا مالك له.

المازري: وهو ظاهر الروايات عندنا، أو يقال يسلم لمدعيه لكونه لا منازع له، وبيت المال حتى يدافع الإمام عنه كما قيل: فيما أخذه السلابة فأخذ منهم فإنه يقضى به لمدعيه بعد الاستيناء

والإياس ممن طلبه، والتحليف على ذلك كما أشار إليه بعض العلماء في هذه المسألة، وأشار بعضهم إلى أن الإمام يضرب عن ذلك صفحاً ويبقى الثوب بيد من هو بيده.

النُّكُولُ: وَيَجْرِي فِيمَا يَجْرِي فِيهِ الشَّاهِدُ وَالْيَمِينُ

أي: نكول المدعى عليه عن اليمين المتوجهة عليه أولاً لأجل نكول يعني: يدخل نكول المدعى عليه اليمين لنكول المدعي وغير ذلك من أنواع النكول لقوله:

وَلاَ يَثْبُتُ الْحَقُّ بِمُجَرَّدِهِ، بَلْ بِيَمِينِ الْمُدَّعِي

المازري: أشار أصحابنا إلى إجماع الصحابة على ذلك، وروى الدارقطني: **أنه عليه الصلاة والسلام رد اليمين على طالب الحق**. إلا أن في إسناده إسحاق بن الفرات وهو ضعيف، ويقيد كلام المصنف بما عدا يمين التهمة، فإن الحق يثبت فيها بمجرد النكول على المشهور، وصرح به ابن رشد.

وَيَتِمُّ بِقَوْلِهِ: لا أَحْلِفُ وَشِبْهِهَا، وَيَتَمَادَى عَلَى الامْتِنَاعِ

شِبْهُ (**لا أَحْلِفُ**) (أنا ناكل) ويقول للمدعي: احلف أنت، ويتم أيضاً بتمادي المدعى عليه على الامتناع من الجواب، وهكذا قال ابن شاس زاد: ويحكم عليه بغير يمين، وهو يأتي على أحد الأقوال المتقدمة، وسئل ابن عتاب عمن وجبت عليه يمين فردها على الطالب بحضرته فسكت الذي ردت عليه حينئذٍ ومضى زمان ثم أراد أن يحلف، فقال له الراد: لا أريد أن أحلفك لأني مكنتك من اليمين حينئذٍ ولم تحلف وأنا أحلف، فقال: يحلف من ردت عليه اليمين طال الزمان أم قصر، وهو قول مالك وأصحابه.

وَيَنْبَغِي لِلإِمَامِ بَيَانُ حُكْمِ النُّكُولِ

يعني: يقال للمدعى عليه إذا توجهت عليه اليمين: إن نكلت عن اليمين حلف المدعي واستحق ما ادعاه، وظاهر قوله وقول ابن شاس: (ينبغي) أنه مستحب، ووقع لمالك في كتاب ابن سحنون الأمر بذلك، فقال: وإذا جهل المطلوب فليذكره له القاضي.

وَإِذَا تَمَّ نُكُولُهُ، فَقَالَ: أَنَا أَحْلِفُ لَمْ يُقْبَلْ

أي: تم نكول المدعى عليه ثم بدا له، فقال: أنا أحلف، لم يمكن من ذلك، رواه عيسى عن ابن القاسم؛ لأنه تعلق لخصمه حق بنكوله، فلا يمكن من إبطال ما تعلق به، ومثاله ما في المدونة فيمن قام له شاهد بحق فرد اليمين على المدعى عليه أنه لا رجوع له في ذلك. أبو عمران: وهو متفق عليه، قال: وأما المدعى عليه يلزم اليمين ثم أراد الرجوع عنه إلى إحلاف المدعي فذلك له؛ لأن التزامه لا يكون أشد من التزام الله سبحانه وتعالى، قال: وقد خالفه في ذلك ابن الكاتب ورأى أن ذلك يلزمه وليس له رد اليمين، والصواب ما قدمناه.

فَإِنْ نَكَلَ الْمُدَّعِي كَانَ كَيَمِينِ الْمَطْلُوبِ

أي: إن نكل المدعي عن اليمين التي ردها المطلوب عليه، فإن نكول المدعي كيمين المدعى عليه في سقوط الحق عنه.

وَكَذَلِكَ لَوِ ادَّعَى أَنَّهُ قَضَاهُ، ثُمَّ نَكَلَ بَعْدَ نُكُولِهِ لَزِمَهُ

يعني: ومثل ما قلناه في نكول المدعي بعد رد اليمين عليه أن يدعي المطلوب بالذي قضاه وينكل الطالب بتوجه اليمين على الطالب؛ لأن المطلوب مدَّعٍ، فإن حلف الطالب استحق، وإن نكل انقلبت على المطلوب، فإن حلف سقط عنه الحق، وإن نكل غرم الحق للطالب.

فقوله: (**ادَّعَى أَنَّهُ**) الضميران عائدان على المطلوب. وقوله: (**قَضَاهُ**) عائد على المطلوب أو الطالب. وقوله: (**ثُمَّ نَكَلَ**) أي: المطلوب (**بَعْدَ نُكُولِهِ**) أي: الطالب (**لَزِمَهُ**) أي: الغرم.

وَالْمُسْتَمْهِلُ لِحِسَابٍ وَنَحْوِهِ أُمْهِلَ الْيَوْمَيْنِ وَالثَّلاثَةَ بِكَفِيلٍ بِوَجْهِهِ، وَقِيلَ: مَا يَرَى الْحَاكِمُ...

إذا طلب المطلوب من القاضي أن يمهله ليتحقق ما يجيب به من إقرار أو إنكار، فقال ابن شعبان: يمهل اليومين والثلاثة لا أكثر. ابن شعبان: ويحكم عليه بإقامة زعيم بوجهه، ولا يبعد أن يكون هذا الكفيل [٦٩٣/ أ]؛ لأن المطلوب الآن شارك في وجوب الجل عليه، وفي المذهب خلاف إذا شك المطلوب: هل يقضى عليه دون يمين يلزم الطالب، أو لابد من يمينه؟ وعلى التقديرين فالحق قد توجه على المطلوب، أو هو في معنى المتوجه.

وقوله: (**وَقِيلَ: مَا يَرَى الْحَاكِمُ**) من الاستمهال، وهذا لابن عبد الحكم وهو الظاهر.

الدَّعْوَى ثَلاثَةٌ: مُشْبِهَةٌ عُرْفاً: كَالدَّعَاوِي عَلَى الصُّنَّاعِ، وَالْمُنْتَصِبِينَ لِلتِّجَارَةِ فِي الأَسْوَاقِ، وَالْوَدَائِعِ عَلَى أَهْلِهَا، وَالْمُسَافِرِ فِي الرُّفْقَةِ، وَالْمُدَّعِي لِسِلْعَةٍ بِعَيْنِهَا فَلا يَحْتَاجُ إِلَى إِثْبَاتِ خُلْطَةٍ...

يعني: أن الدعوى متنوعة على ثلاثة: لائقة بالمدعي والمدعى عليه وهو مراده بالمشبهة، وبعيدة لا تشبه حال كل واحد منهما، ومتوسطة.

وتتوجه اليمين في المشبهة دون إثبات خلطة، ولما كان الأصل عندنا عدم توجه الدعوى إلا بالخلطة كانت المشبهة خارجة للأصل، فمن الأصحاب من ضبط المشبهة بضابط كلي، ومنهم من عدد المسائل، وارتكب المصنف الطريق الأولى لأنها الأحسن؛ إذ فيه إعطاء الحكم بسببه وإلى هذا ذهب عبد الوهاب، فإنه قال: إذا كانت الدعوى تشبه أن يُدعى بها على مثل المدعى عليه، وقال بعضهم: أن يشبه أن يعامل المدعي المدعى عليه به.

المازري: وهما متقاربان، أحدهما راعى الشبهة من جنس المدعى فيه، والآخر راعاها من جهة المدعي والمدعى عليه، وذكر المصنف لهذه المسألة خمس صور:

الأولى: الدعاوي على الصناع، ونص عليه يحيى بن عمر، فقال: والصناع يتوجه عليهم الدعوى لمن ادعى عليهم في صناعتهم دون إثبات خلطة؛ لأنهم نصبوا أنفسهم للناس.

الثانية: الدعوى على التجار، وهذا ألزمه الباجي وغيره ليحيى بن عمر، وكلامه السابق، أعني: إذا ادعى عليهم غريب أو بدوي وكانوا قد نصبوا أنفسهم للبيع والشراء، وأما دعوى أهل السوق بعضهم على بعض، فقال المغيرة وسحنون: لا تكون الخلطة حتى يقع البيع بينهما. سحنون: وكذلك القوم يجتمعون في المسجد للصلاة والدرس والحديث، فلا يثبت بينهم خلطة في ذلك.

الثالثة: دعوى الودائع على أهلها، ونعني بالأهل أن يكون المدعى عليه الوديعة ممن يودع مثله لها، وقيده أصبغ وغيره بأن يكون المودع غريباً، وقيد اللخمي المسألة بثلاثة قيود؛ **أولها**: أن يكون المدعي يتملك مثل ذلك في جنسه وقدره، وأن يكون المودَع ممن يودع مثل ذلك، وأن يكون هناك ما يوجب الإيداع، وفسر ابن عبد السلام قول المصنف: (على أهلها) بذلك؛ لأنه فسر الأهل بأن يكون المودِع والمودَع معاً ممن يليق بهما ما ذكر.

الرابعة: المسافر يدعي أنه دفع مالاً لبعض الرفقة، نص أصبغ عليها، ووجهها: أن المسافر قد يخاف في سفره لأمر فيحتاج إلى إيداع غيره.

الخَامِسَةُ: الْمُدَّعِي سِلْعَةٍ بِعَيْنِهَا

يعني: وإنما يحتاج إلى الخلطة فيما هو في الذمم، وهذا القول لابن شاس وغير واحد من القرويين، واستدلوا بمسائل المدونة بقوله في كتاب الشفعة: إذا أنكر المشتري الشراء وادعاه البائع أنهما يتحالفان، وفي السرقة إذا ادعى السارق شراء المسروق، قال: يحلف

ربه. وفي القذف: إذا ادعى شراء الأمة التي شهد عليه بوطئها من ربها، قال: يحلف السيد، ولم يذكر في ذلك خلطة، ورده المازري: بأن المقصود بيان ما يتعلق به الحكم من ذلك المحل، ولا يلزم الفقيه تفصيل كل ما يستند إليه الحكم؛ لأنه قد يكتفي بتفصيل ذلك في موضعه، وقال بعض الأشياخ لا تتعلق اليمين في بياعات المعينات إلا بإثبات الخلطة؛ لأن التعليل بحسم تعرض السلعة للأفاضل يقتضي ذلك، وذكر ابن يونس قولاً آخر عن بعض مشايخه أن اليمين لا تجب إلا بالخلطة في الأشياء المعينة وغيرها، إلا في مثل أن تعرض للرجل سلعة في السوق للبيع فيأتي رجل فيقول: قد بعتها مني، فمثل هذا تجب له يمينه بغير خلطة عرضها لما ادعى عليه فيه، وزاد أصبغ مسألة سادسة وهي المتهم بالسرقة، وسابعة وهي دعوى الرجل عند موته أن له عند فلان كذا، وزيد أيضاً: إذا باع المأذون متاعاً واقتضى الثمن هو وسيده فادعى المبتاعون أنهم دفعوا إلى السيد بعض الثمن، وقال مالك: عليه اليمين، ولعل المصنف لم ينص على هذه المسائل؛ لأنه رأى أن ما ذكره يتناولها.

وَغَيْرُ مُشْبِهَةٍ عُرْفاً: كَدَعْوَى دَارٍ بِيَدِ حَائِزٍ يَتَصَرَّفُ بِالْهَدْمِ وَالْعِمَارَةِ مُدَّةً طَوِيلَةً وَالْمُدَّعِي شَاهِدٌ سَاكِتٌ، وَلاَ مَانِعَ مِنْ خَوْفٍ وَلاَ قَرَابَةٍ وَلاَ مُصَاهَرَةٍ وَشِبْهِهِ فَغَيْرُ مَسْمُوعَةٍ...

إنما لم تكن مشبهة عرفاً؛ لأن العرف يكذب مدعيها، واقتصر المصنف على المتفق عليه من مسائل الحيازة وترك ما عداه، والكلام فيه متسع؛ إذ هنا ثلاثة أركان:

أولها: المحوزات، وهي ثلاثة أنواع: عقار، وعروض، وحيوان.

ثانيها: الحائز، وهو أيضاً ثلاثة أنواع: أجانب شركاء، وأجانب غير شركاء، ومن له حرمة من قرابة أو صهر وولاء أعلى أو أسفل.

ثالثها: صفة الحوز، وهي أيضاً ثلاثة أنواع، وهو إما أن يؤثر تغييراً في العين [٦٩٣/ ب] كالهدم والبنيان والغرس، وإما أن يؤثر تغييراً في الملك كالبيع والعتق والتدبير والهبة والصدقة ونحوها، وإما أن يؤثر في ملك المنافع كالاغتلال وسكنى الدار وحرث الأرضين وركوب الدابة ولباس الثياب، وتكلم المصنف على الدار، فقال: (**كَدَعْوَى دَارٍ...إلخ**).

وقوله: (**بِيَدِ حَائِزٍ**) يعم الشريك وغيره، ولا يريد القريب؛ لأنه سيذكر القرابة في الموانع والحكم في الشريك وغيره مختلف، لأن الشركاء لا حيازة بينهم في العشرة الأعوام إذا لم يكن هدم ولا بناء، ويكون في العشرة مع الهدم والبناء، ولا يختلف فيه قول ابن القاسم، وقيل: يختلف، وأما غير الشركاء ففي البيان في باب الاستحقاق: المشهور أن الحيازة تكون بينهم في عشرة أعوام وإن لم يكن هدم ولا بنيان.

وروي عن ابن القاسم: لا تكون حيازة إلا مع الهدم والبنيان، ووقع في الواضحة أن الثمانية الأعوام في حكم العشرة في هذا، ولا خلاف في الحيازة بينهم مع الهدم والبنيان.

ثم تكلم على صفة الحوز بقوله: (**يَتَصَرَّفُ بِالْهَدْمِ وَالْعِمَارَةِ**)، وهو مقيد بما إذا لم يهدم ما يخشى سقوطه، فإن ذلك لا ينقل الملك، قيل: وكذلك الإصلاح اليسير؛ لأن رب الدار يأمر المكتري به، وسكت المصنف عن نوعين؛ **أحدهما**: أعلى وهو ما يؤثر في تغيير الملك، فإنه لا يحتاج إلى مدة طويلة كإتلاف الشيء، وكوطء الأمة ونحوه، فإنه إذا علم المدعي بذلك ولم ينكر بحدثان وقوعه فإنه تبطل دعواه لما جبلت عليه طباع البشر بأنهم لا يسكتون عن الإنكار على متلف أموالهم. **والنوع الثاني**: ما يؤثر في ملك المنافع بالاغتلال، وقد تقدم الآن حكمه في الشريك وغيره.

وقوله:(**وَالْمُدَّعِي شَاهِدٌ سَاكِتٌ**) احترازاً من الغائب، فإن له القيام وإن طال، ولا إشكال في بعد الغيبة كالسبعة الأيام، وأما إن كانت قريبة كأربعة أيام ونحوها وثبت

عذره -من عجز ونحوه- عن القدوم أو التوكيل وعلم بذلك فلا حجة عليه، وإن أشكل أمره، فظاهر المذهب أنه على قولين؛ **الأول**، قال ابن القاسم: لا يسقط حقه لأنه قد يضعف عن القدوم، فقيل له: فإن لم يتبين له عجزه عن ذلك، فقال: قد يكون معذوراً من لا يتبين عذره، وذكر ابن حبيب أنه يسقط حقه إذا كان على مسافة قريبة إلا أن يثبت عذره.

واحترز بقوله: (**سَاكِتٌ**) مما لو تكلم، واشترط في الحاضر أن يعلم أنها ملكه، قال في الوثائق المجموعة: وإذا كان وارثاً وادعى أنه لم يعلم قضى له.

قوله: (**وَلا مَانِعَ**) قيد في السكوت، ثم فسر المانع بوجوه؛ **الأول**: الخوف؛ أي: خوف المدعي ممن هي بيده لكونه ذا سلطان. **والثاني**: القرابة، وأطلق فيها فإن كان الابن مع أبيه أو العكس، ففي البيان: لا خلاف أن الحيازة لا تكون بينهما بالسكنى والازدراع، ولا خلاف أنها تكون بالتفويت من الهبة والصدقة والعتق والتدبير والكتابة والوطء، واختلف في الهدم والبنيان والغرس، والمشهور: أنها لا تكون حوزاً أقام أحدهما على الآخر في حياته أو بعد موته، قال: يريد -والله أعلم- إلا أن يطول الأمر جدًّا إلى ما تهلك فيه البينة وينقطع فيه العلم، والشاذ أنه يحوز عليه بذلك؛ قام عليه في حياته أو على سائر ورثته بعد وفاته، وهو قول ابن دينار ومطرف.

وأما حيازة الأقارب الشركاء بالميراث وغيره، فلا تكون بالسكنى والازدراع اتفاقاً إلا على ما تأوله بعضهم. وقوله في المدونة: أرأيت لو أن دارا بيدي ورثتها عن أبي، فأقام ابن عمي البينة أنها دار جدي وطلب مورثه، فقال: هذا من وجه الحيازة التي أخبرتك، لأنه لم يفرق فيها بين الأقارب والأجنبيين وهو بعيد.

خليل: نقل في النوادر عن مطرف أنه قال: لا حيازة بين الورثة والشركاء فيما يزدرع أو يسكن بغير عمارة طال الزمان أو قصر في بعض ذلك كله حضروا أو غابوا، إلا أن يطول

الزمان جدّاً الخمسين سنة أو أكثر، ثم قال ابن رشد: وتكون بالتفويت بالبيع والهبة والصدقة والعتق والكتابة والوطء وإن لم تطل المدة، واختلف قول ابن القاسم في الحيازة بين هؤلاء بالهدم والبنيان، فمرة قال: العشر سنين في ذلك حيازة، ومرة قال: إنها لا تكون حيازة إلا أن يطول الأمد أربعين سنة.

ابن رشد: ولا فرق في حيازة الوارث على وارثه بين الرباع والأصول والثياب والحيوان والعروض، وإنما يفترق ذلك في الأجنبي، فقال أصبغ: السنة والسنتان في الدواب حيازة إذا كانت تركب، وفي الإماء إذا كُنَّ يستخدمن، وفي العبيد والعروض فوق ذلك، ولا يبلغ شيء من ذلك بين الأجنبيين عشرة أعوام كما في الأصول.

أصبغ: وما أحدث الأجنبي فيما عدا الأصول من بيع أو عتق أو تدبير أو كتابة أو صدقة أو وطء فلم ينكر ذلك حتى يبلغه استحقه الحائز، وأما القرابة غير الشركاء والموالي والأصهار الشركاء، فاختلف إذا حصل الحوز بالهدم والبناء على ثلاثة أقوال؛ **الأول**: أنهم كالأجانب. **والثاني**: أن ذلك ليس حيازة، يريد إلا أن يطول. **الثالث**: الفرق ولم يبينه هنا، لكن ذكره أول كلامه؛ وهو أنه لا يكون حيازة في الأقارب ويكون حيازة في المصاهر، وسكت في هذا القسم عن الحيازة بالسكنى والازدراع، ولعله عنده ليس حيازة.

وأما الموالي والأصهار غير الشركاء، فاختلف [٦٩٤/ أ] فيها على ثلاثة أقوال؛ **أحدها**: أن الحيازة لا تكون بينهم في العشرة أعوام بالسكنى والازدراع. **الثاني**: أنه لا تكون الحيازة بينهم في العشرة الأعوام إلا مع الهدم والبناء. **والثالث**: أنه لا تكون الحيازة بينهم بالهدم والبنيان إلا أن يطول الزمان جدّاً.

وقوله: (**وَشِبْهِهِ**) أي: الموالي كما ذكرنا.

وقوله: (**فَغَيْرُ مَسْمُوعَةٍ**) ظاهره: ولا يمين عليه، وهو ظاهر ما نقله ابن يونس، وإذا أقام سنين ثم أقام البينة أن ذلك له صار مدعياً لغير العرف فلا يقبل قوله ولا ينظر إلى

بينته، والقول قول الحائز أنه صار إليه ذلك ببيع أو هبة أو صدقة، واختلف في الهبة والصدقة، الصواب لا فرق، ولكن صرح ابن رشد بأنه لابد من اليمين.

فرع:

وهل يطالب الحائز ببيان وجه ملكه، قال ابن أبي زمنين: لا يطالب به. وقال غيره: يطالب. وقال: إن لم يثبت أصل الملك للمدعي لم تسمع دعواه ولا يسأل الحائز عن أصل ملكه، وإن ثبت الأصل للمدعي ببينة أو بإقرار الحائز سئل عن سبب ذلك، وقال ابن عتاب وابن العطار: لا يطالب إلا أن يكون الحائز معروفاً بالغصب والاستطالة والقدرة على ذلك.

وَلاَ تُسْمَعُ الْبَيِّنَةُ إِلا بِإِسْكَانٍ، أَوْ إِعْمَارٍ، أَوْ مُسَاقَاةٍ وَشِبْهِهِ

أي: لا تسمع بينة المدعي على الحائز إلا أن تشهد البينة للمدعي بأنه أسكن الحائز أو أعمره أو ساقاه أو زارعه وشبه ذلك، فإذا أقام البينة على ذلك حلف على رد دعوى الحائز وقضي له، هذا إن ادعى الحائز أن المالك إنما باعه أو نحو ذلك، وأما إن لم يدع نقل الملك وإنما تمسك بمجرد الحيازة؛ فلا يحتاج إلى يمين.

وَالْعُرْفُ مُعْتَبَرٌ فِي مِثْلِهِ؛ كَالنَّقْدِ، وَالْحَمُولَةِ، وَالسَّيْرِ، وَالأَبْنِيَةِ، وَمَعَاقِدِ الْقُمُطِ، وَوَضْعِ الْجُذُوعِ...

هذا الاستدلال بالقياس على أن القول قول الحائز بشهادة العرف له كما اعتبرت هذه الشهادة في النقد إذا اختلفا في النقد، فإن القول قول من ادعى عرف البلد، وكذلك الحمولة في الدابة إذا اختلف في قدرها أو صفتها، وكذلك السير، وكذلك الأبنية، وكلامه ظاهر.

وَالْمُدَّةُ الطَّوِيلَةُ، قِيلَ: مَا يُعَدُّ طُولاً فِي مِثْلِهِ. وَقِيلَ: عَشْرٌ. وَقِيلَ: سَبْعٌ

الأول ظاهر المذهب، ابن القاسم في المدونة: ولم يحدَّ لي مالك في الحيازة والرباع عشر سنين ولا غير ذلك، وهو مقتضى النظر؛ لأن الرجوع في هذا إلى ما دارت عليه العوائد، والقول بالعشر لربيعة في المدونة، وبه أخذ ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم وأصبغ، ودليله: ما رواه أبو داود في مراسيله عن زيد بن أسلم أنه عليه الصلاة والسلام قال: «**من احتاز شيئاً عشر سنين فهو له**». ذكر في المدونة من رواية ابن المسيب أيضاً، ولابن القاسم في الموازية: والسبع والثماني وما قارب العشرة مثل العشرة، وهو التحديد في حق الأجانب في العقار، وقد تقدم الكلام على الأقارب والعروض والحيوان.

ابن عبد السلام: وقيل في السكنى بمجردها لا تكون دالة وإن طال السكوت فيها. وقيل أيضاً في الحيازة بين الشركاء ومن ألحق بهم: لا تكون دالة إلا إذا كان كالخمسين سنة ونحوها، وذكر مطرف في الشركاء أن من حاز منهم مقدار سهمه أو أكثر فإنه يدل ذلك على الملك، ولو زعم بعد ذلك أن حقه فيما بقي على الشياع لم يقبل منه، وإن ادعى ما حازه صار إليه وحده عن معاوضة، ولم أقف على القول الثاني في كلام المصنف.

وَمُتَوسِّطَةٌ: كَدَعْوَى دَيْنٍ فَيُسْمَعُ وَيُمَكَّنُ مِنَ الْبَيِّنَةِ وَلا يَسْتَحْلِفُ إِلا بِإِثْبَاتِ خُلْطَةٍ، وَعَلَيْهِ عَمَلُ أَهْلِ الْمَدِينَةِ وَالْفُقَهَاءِ السَّبْعَةِ...

هذا هو النوع الثالث من أنواع الدعاوي، واحترز بالدين من دعوى المعينات؛ فإنها لا تحتاج إلى خلطة كما تقدم، ومعنى كلامه أن هذه الدعوى تسمع ويمكن من إقامة البينة، فإن لم تقم للمدعي بينة على صحة دعواه وطلب يمين المدعى عليه؛ فلا يمكن من ذلك، إلا أن يثبت المدعي خلطة بينه وبين المدعى عليه، وهذا هو المعروف من المذهب، وقال ابن نافع باستحلافه من غير خلطة كمذهب أبي حنيفة والشافعي، ثم استدل المصنف على ما قاله بإجماع أهل المدينة، وعطف عليه المصنف الفقهاء السبعة من عطف

الخاص على العام، وقد نقل أيضاً في الموطأ على ما ذكره المصنف بـ(العمل) واستدل من قال بقول ابن نافع بالحديث الصحيح، وهو قوله صلى الله عليه وسلم: «**البينة على المدعي واليمين على من أنكر**». وخصه أصحابنا بالقياس لما يلزم عليه من التعرض لأداء أهل الفضل، ولما رواه سحنون عن نافع عن حسن بن عبد الله عن أبيه عن جده عن علي بن أبي طالب -رضي الله عنه- عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «**البينة على المدعي واليمين على من أنكر إذا كانت بينهما خلطة**». وهذا نص في تصحيح المذهب، وزيادة العدول مقبولة لرجحانه بعمل المدينة.

فرع:

وما هي الخلطة؟ قال ابن القاسم في رواية أصبغ عنه، وغيره: الخلطة أن يبايع إنسان إنساناً بالدين مرة، أو يبايعه بالنقد مراراً، وبه قال أصبغ، وقال سحنون: لا تكون الخلطة إلا بالبيع والشراء.

الباجي: فخالف ابن القاسم في المسالفة. وقال الأبهري: الخلطة أن يثبت الدعوى، أن يدعي بمثلها على المدعى عليه، وقال ابن القصار: ينظر إلى التداعي؛ فإن كان للمدعى عليه بينة [٦٩٤/ ب] أن يعامل المدعي أحلف، وهل كل من أثبت خلطة وإن كانت سلفاً، أو لا تكون خلطة حتى يكون مبايعة؟ وتعلقوا بقول ابن القاسم لَمَّا سئل عن الخلطة أهي مسالفة أم مبايعة مراراً، أو يقول بقول سحنون: لا تكون الخلطة إلا بالمبايعة.

المازري: ومنهم من أشار إلى إنكار الخلاف في هذا ورأى أن معنى قول ابن القاسم سالفه يحتمل أن يريد به السلف الذي بمعنى السلم لا الذي بمعنى القرض، والأظهر أن المداينة تثبت بها الخلطة على أصل هؤلاء قرضاً كانت أو بيعاً. انتهى.

وفي سماع يحيى عن ابن القاسم فيمن يأتي قوماً فيذكر حقًّا كتبه على نفسه لرجل غائب فأشهد بما فيه: لا أرى أن يكتب فيه؛ لأني أخاف أن يكتب الغائب ليستوجب ذلك

مخالطة فيحلفه إن ادعى عليه. بعض الشيوخ: فظاهره المرة الواحدة مخالطة، وقال غيره: إنها تفسير لرواية أصبغ المتقدمة، فيكون معناها أنها تضاف إلى معاملة قبلها. وقيل: رواية أصبغ في المعاملة المتنجزة فاشترط تكررها. وقال أصبغ: إنما الخلاف إذا بايعه بالنقد ولم يقع النقد. ففي شهادات المدونة: ليست بخلطة. وفي الموازية: أنها خلطة.

وَفِي اسْتِحْلافِ الْمُتَّهَمِ قَوْلانِ

القول بثبوتها بشاهد وامرأة من غير يمين لابن كنانة، وقاله ابن القاسم من رواية عيسى، والقول بأنها لا تثبت إلا بشاهدين مع يمين لابن المواز، والأول أظهر؛ لأن القصد إنما هو اللطخ، واعلم أن المرأة لا تعتبر شهادتها بانفرادها إلا هنا على أحد القولين، واختلف على من فسر المخالطة بالسلف والمبايعة إذا انقضت، هل يبقى حكمها أم لا؟ واختلف إذا أقام المدعي بينته فردها المدعى عليه بعداوة أو جرحة، هل تتوجه اليمين بهذه الدعوى أم لا؟ **المازري**: والمشهور الجرحة كالعدم.

وكُلُّ دَعْوَى لا تَثْبُتُ إِلاَّ بِشَاهِدَيْنِ، فَلا يَمِينَ بِمُجَرَّدِهَا وَلاَ تُرَدُّ؛ كَقَتْلِ الْعَمْدِ، وَالنِّكَاحِ، وَالطَّلاقِ، وَالنَّسَبِ، وَالْوَلاءِ، وَالرَّجْعَةِ...

إذ لا فائدة في توجه اليمين، فإن فائدتها إنما هي إذا نكل المدعى عليه يحلف المدعي ويستحق ذلك، ولا يمكن هنا؛ لأنه إنما يفيد اليمين في النكول في الأموال، وما في معناها ممن يكون فيه الشاهد واليمين.

فرع:

توجهها، وإذا لم تتوجه لم ترد. قيل: ولو سكت عن قوله: (**لاَ تُرَدُّ**) ليستفيد من كلامه إلا أنها لا تتوجه، ولا يفهم من كلامه إذا وجهت مع شاهد فنكل عنها، فبين المصنف أنها لا ترد مطلقاً، واختلف في توجه دعوى الجرح من غير بيان لسبب، فقيل: يحلف المدعى عليه، وقيل: لا يحلف، وإن بين المدعي لذلك سبباً، فقيل: يحلف المدعى

عليه. وقيل: يضرب، فإن أبى أن يحلف على القول بذلك، فقيل: يسجن. وقيل: إن طال سجنه أدب إلا أن يكون مبرزاً.

المازري: وقاعدة المذهب أن كل دعوى لو أقر بها المدعى عليه لانتفع المدعي بإقراره، فإنه إذا لم يقر وأنكر تعلقت به اليمين على الجملة، يخرج بذلك أصلاً من قواعد الشرع كطلب المحكوم عليه القاضي باليمين أنه لم يشر عليه أو يطلب الشهود بأنهم لم يكذبوا في شهادتهم، فلا يختلف في سقوط هذه الدعوى، وأنه لا يلتفت إليها.

وَلَوِ اسْتَحْلَفَ وَلَهُ بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ يَعْلَمُهَا، فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: لا تُسْمَعُ. وَقَالَ أَشْهَبُ: تُسْمَعُ ...

شرط في قول ابن القاسم في المدونة أن يكون تاركاً لبينته، ولم يثبت هذا الشرط في كل الروايات، واختلف في معنى الترك، فقال عياض: عن أكثرهم أنه لا فرق في الترك بين التصريح والإعراض عنها، وقال آخرون: لا يكون تاركاً إلا بتصريحه بترك القيام بها. وقول أشهب هو ظاهر قول عمر رضي الله عنه: **البينة العادلة خير من اليمين الفاجرة**. ولهذا صححه ابن القاسم وغيره.

واحترز بقوله: (**حَاضِرَةٌ**) من الغائبة، يريد: إذا كانت الغيبة قريبة، قال في المدونة: وإن كانت على مثل اليومين والثلاثة لم يحلف إلا على إسقاطها، وفصل في موضع آخر منها: الجمعة في حد القرب.

واحترز بقوله: (**يَعْلَمُهَا**) مما لم يعلم بها فإن له القيام.

سحنون: والقول قوله في نفي العلم مع يمينه. قال في النكت: ولو أحلف لم يرفعه إلى السلطان وله بينة بعيدة الغيبة فله القيام ببينته إذا قدمت؛ لأنه لو رفع الأمر إلى الحاكم لكان هذا الذي يفعل، وذلك بخلاف لو صالحه المطلوب على شيء لبعد غيبته؛ لأنه قد رضي بما أخذ فلا قيام له بالبينة.

مُوجَبَاتُ الْجِرَاحِ خَمْسَةٌ: الْقِصَاصُ، وَالدِّيَةُ، وَالكَفَّارَةُ، وَالتَّعْزِيرُ، وَالْقِيمَةُ

الجيم من (**مُوجَبَاتُ الْجِرَاحِ**) مفتوحة؛ أي: الأمور التي توجبها الجراح، والجراح بالكسر جمع جراحة، فيقال: جرحه جرحاً، والاسم: الجرح بالضم، والجمع جروح، فلم يقولوا: أجراح، إلا ما جاء في الشعر، قاله الجوهري وصاحب المحكم، وجرحه يجرحه جرحاً إثر هذا بالسلاح، وعلى هذا فالجرح اللغوي يشمل القتل وما دونه، وعلى هذا مشى المصنف؛ لكونه جعل الكفارة من موجبات الجراح؛ وهي إنما تجب في النفس، لكن المتبادر إلى الاصطلاح من الجروح هو ما دون النفس؛ لقوله تعالى: ﴿ **وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ** ﴾ إلى قوله: ﴿ **وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ** ﴾ [المائدة:٤٥] وحفظ النفس المجمع عليها في كل ملة [٦٩٥/ أ]، وهي النفوس والأديان والعقول والأعراض والأموال، ومنهم من يذكر الأنساب عوض الأموال، قال تعالى: ﴿ **وَلَكُمْ فِى ٱلْقِصَاصِ** ﴾ [البقرة:١٧٩] فقيل: الخطاب للورثة؛ لأنهم إذا اقتصوا فقد سلموا وحيوا بدفع شر هذا القاتل الذي صار عدواً لهم بالقتل. وقال بعضهم: الخطاب للقاتلين؛ أي: الجاني إذا اقتُصَّ منه فقد امتحى إثمه فيبقى حياً حياة معنوية، وعلى هذين القولين لا إضمار، وقيل: الخطاب للناس، والتقدير: ولكم في مشروعية القصاص حياة؛ لأن الشخص إذا علم أنه يُقتص منه انكفَّ عن القتل، ويحتمل ألا يكون في الآية على هذا تقدير، ويكون القصاص نفسه فيه الحياة، أما غير الجاني لانكفافه، وأما للجاني للسلامة من الإثم، وبالجملة فالدماء خطيرة القدر في الدين، وأدلة الشريعة من الكتاب والسنة متواترة على ذلك.

الْقِصَاصُ فِي النَّفْسِ وَالطَّرَفِ

لما ذكر أن موجبات الجراح خمسة، شرع في الكلام على الأول، **فإن قيل**: ثم قسم ثالثاً وهو الجراح، **فالجواب**: أن الطرف الناحية من النواحي، قاله الجوهري، فالجرح إن كان في الظهر أو في الوجه أو غير ذلك من الجراح، فهو طرف للجسم تلك الجهة.

وَلِلنَّفْسِ ثَلاثَةُ أَرْكَانٍ

فيه حذف مضافين؛ أي: لوجوب قصاص النفس، ثم أخذ يتكلم عليها، فقال:

الْقَتْلُ، وَشَرْطُهُ: أَنْ يَكُونَ عَمْداً مَحْضاً عُدْوَاناً

أي **الأول**: القتل، وشرط فيه ثلاثة شروط، واحترز بالعمد من الخطأ وبالمحض من شبه العمد، وبالعدوان مما لو قتله بوجه شرعي، كقتله في حد أو قصاص.

وَهُوَ: الْقَصْدُ إِلَى مَا يَقْتِلُ مِثْلُهُ مِنْ مُبَاشَرَةٍ أَوْ تَسَبُّبٍ

(**هُوَ**) ضمير عائد على العمد الموصوف بالمحض العدوان، ومراده أن يقصد الضارب إلى الضرب بما يقتل منه، قصد القتل أم لا، فـ(ما) من قوله: (**إِلَى مَا**) موصولة أو نكرة موصوفة، ولا يصح أن تكون مصدرية؛ لأنه كان حينئذٍ يشترط أن يقصد القتل، وهو خلاف المشهور، على ما صرح به في المقدمات، فإنه قال: فإن قصد الضرب ولم يقصد القتل، فكان الضرب على وجه الغضب، فالمشهور عن مالك المعروف من قوله أن ذلك عمد، وفيه القصاص، إلا في الأب والأم، وهذا رد على من فسر كلام المصنف بأن يقصد القتل، ولا يقال: الغالب أن المصنف تبع الجواهر، ويكون المصنف قصد ذكر الصورة المتفق عليها؛ لأن قوله: (**مِثْلُهُ**) يمنع أن تكون مصدرية، والله أعلم.

ويشكل ما ذكره المصنف بما ذكره في المدونة وغيرها، والقود باللطمة والقضيب وليس مما يقتل مثلها.

وقوله: (**مِنْ مُبَاشَرَةٍ أَوْ تَسَبُّبٍ**) يعني: إذا قصد إلى ما يقتل قتل، سواء كان ذلك مباشرة أو تسبب.

فَالْمُبَاشَرَةُ؛ كَقَتْلِهِ بِمُحَدَّدٍ، أَوْ مُثَقَّلٍ، أَوْ عَصْرِ الأُنْثَيَيْنِ، وَخَنْقٍ، وَتَغْرِيقٍ، وَتَحْرِيقٍ، وَمَنْعِهِ مِنَ الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ، فَلَوْ لَطَمَهُ، أَوْ وَكَزَهُ، أَوْ رَمَاهُ بِحَجَرٍ، أَوْ ضَرَبَهُ بِعَصًا مُتَعَمِّداً عَلَى وَجْهِ الْقَتْلِ لا اللَّعِبِ فَمَاتَ عَاجِلاً أَوْ مَغْمُوراً لَمْ يَتَكَلَّمْ؛ فَفِيهِ الْقَوَدُ...

لا فرق في المحدد بين الحديد وغيره، كاللطمة والخشبة المحددة، صرح به الباجي، ولا خلاف في القود بالمحدد، وقصر الحنفي القصاص عليه وعلى النار، وعنه في مثقل الحديد روايتان، ودليلنا ما رواه البخاري عن أنس: **أن يهوديًّا رضَّ رأس جارية بين حجرين، فقيل لها: من فعل بك هذا فلان فلان حتى ذكر يهوديًّا؟ فأومأت برأسها، فأخذ اليهودي فأقر، فأمر النبي صلى الله عليه وسلم أن يُرَضَّ رأسه بالحجارة**. وأجيب بأن قتل اليهودي إنما كان للحرابة، بدليل ما وقع في الروايات أنه قتلها على حلي لها، ورد بأن قتله لو كان للحرابة لم يأمر النبي صلى الله عليه وسلم بقتله على الهيئة الخاصة، فرضُّه بالحجارة يدل على قصد القصاص.

قوله: (**فَلَوْ لَطَمَهُ**) نحوه في المدونة، وجعل اللخمي اللطمة والسوط والعصا والبندقة والوكز من شبه العمد، إلا أن يقوم دليل العمد لقوة الضربة من الرجل، التقدير لمرض أو ضعف.

وقوله: (**عَلَى وَجْهِ الْقَتْلِ**) احترز بها لو كان على وجه الأدب أو اللعب، فلا يكون فيها قود، وسيأتي الكلام على الأدب من كلام المصنف، وأما اللعب، ففي المقدمات: ففيها ثلاثة أقوال؛ **أولها**: كمفهوم كلام المصنف أنه خطأ، وهو مذهب ابن القاسم، وروايته عن مالك في المدونة.

والثاني: فيه القود، وهو قول مطرف وابن الماجشون، وروايتهما عن مالك، قال: وتأويل الثاني على ما إذا ضربه على وجه اللعب دون أن يلاعبه صاحبه، والأول ما إذا

لاعبه صاحبه، فترجع القولان إلى قول، والأظهر من ذلك اختلاف من القول، ولا فرق بين أن يلاعبه صاحبه أم لا.

والثالث: أنه من شبه العمد، وفيه الدية مغلظة، وقد قيل: إن التفرقة بين أن يلاعبه صاحبه أو لا، وهو قول رابع. انتهى.

وقوله: (**مَغْمُوراً لَمْ يَتَكَلَّمْ**) بل صريحه أنه مات مغموراً لا قسامة في ذلك، وظاهر المدونة أن في ذلك القسامة، والله أعلم.

فَلَوْ مَاتَ بَعْدُ وقَدْ تَكَلَّمَ يَوْماً أَوْ أَيَّاماً، فَالْقَوَدُ بِقَسَامَةٍ، قَالَ: ولَمْ يَأْكُلْ وَلَوْ ثَبَتَ حَيَاتُهُ...

هذا هو الذي احترز عنه (**مَغْمُوراً**) أي: لو تكلم بعد لطمه أو وكزه فلا يقتص إلا بقسامة تقسم، ولأنه لمن ضربه مات؛ لأنه لما تكلم احتمل أنه مات من سبب [٦٩٥/ ب] آخر، ولا يلتفت إلى أكله ولا إلى عدمه.

وقوله: (**وَلَوْ ثَبَتَ حَيَاتُهُ**) أو (**جنايته**) على اختلاف النسخ لأكبر فائدة، والله أعلم، وهذا كله ما لم ينفذ له مقتلاً، فإنه حينئذٍ لا قسامة فيه ولو أكل، وإلى هذا أشار بقوله:

أَمَّا لَوْ أَنْفَذَ لَهُ مَقْتَلاً فَلا قَسَامَةَ، ولَوْ أَكَلَ أَوْ شَرِبَ وَعَاشَ أَيَّاماً، وَشَبَّهَهُ بِالشَّاةِ كَذَلِكَ تُذَكَّى فَلا تُؤْكَلُ...

فاعل (**شبَّه**) عائد على ابن القاسم؛ لأنه لما سئل عن المسألة قال: لم أنبئ مالكاً عليها، ولكن قال لي مالك في الشاة التي يخرق السبع بطنها، فشق أمعاءها ونشرها: أنها لا تؤكل، وهذا ظاهر إذا قلنا: إن الذي أنفذ مقاتله هو الذي يقتل، ولو أجهز عليه آخر، وأما على قول من قال يقتل به الثاني، فيه نظر.

وَلَوْ رَمَاهُ فِي نَهَرٍ عَلَى وَجْهِ الْقِتَالِ قُتِلَ بِهِ، وَإِنْ كَانَ عَلَى غَيْرِهِ وَلَمْ يَدْرِ أَنَّهُ لا يُحْسِنُ الْعَوْمَ؛ فَالدِّيَةُ بِقَسَامَةٍ...

ظاهر قوله: (**عَلَى وَجْهِ الْقِتَالِ قُتِلَ بِهِ**) أنه لا فرق في ذلك بين أن يكون الرامي يحسن العوم أم لا، ألا ترى أنه فصل إذا كان على وجه اللعب.

ابن عبد السلام: ويجري فيها إذا لم يكن على وجه القتال ما فوق هذا في مسألة اللعب، وكلامه قريب مما في آخر ديات المدونة؛ لأنه قال فيها: وإن طرح رجلاً في نهر، ولا يدري أنه لا يحسن العوم، فمات، فإن كان على وجه العداوة والقتل قتل به، وإن كان على غير ذلك فعليه الدية ولا يقتل به.

ابن يونس: يريد وتكون الدية على العاقلة، وما ذكره من وجوب الدية بقسامة لم أره، ولا وجه للقسامة هنا، وظاهر المدونة: أن الدية دية الخطأ أخماساً، وهو قول مالك وابن القاسم وأشهب. وقال ابن وهب: هي الدية المغلظة. واختار اللخمي الأول إن كان على وجه المعتاد، والثاني إن خرجا عن المعتاد.

وَكَذَلِكَ لَوْ جَرَحَهُ أَوْ أَوْضَحَهُ أَوْ أَمَّهُ أَوْ قَطَعَ فَخِذَهُ.

أي: مثل مسألة النهر، فإن كان على وجه القتال قتل به، وإن كان على وجه اللعب فالدية، ويحتمل أن تكون الإشارة راجعة إلى اللطم وما ذكر معه، فيفرق بين أن يموت مغموراً أو لا، واقتصر ابن راشد على الاحتمال الأول.

وَالزَّوْجُ وَالْمُؤَدِّبُ وَنَحْوُهُ يُصِيبُ الصَّبِيَّ أَوْ غَيْرَهُ تَنْكِيلاً أَوْ غَيْرَهُ مَحْمُولٌ عَلَى الْخَطَإِ حَتَّى يَثْبُتَ الْعَمْدُ لِذَلِكَ. وَقِيلَ: هُوَ شِبْهُ الْعَمْدِ، وَعَنْ مَالِكٍ: شِبْهُ الْعَمْدِ بَاطِلٌ، وَإِنَّمَا هُوَ عَمْدٌ أَوْ خَطَأٌ...

يعني: أن من يجوز له الضرب أو ما في معناه من معلِّم أو أب أو زوج وخاتن وطبيب؛ ففعله محمول على الخطأ حتى يثبت العمد، وظاهره أنه يصدق في دعواه الخطأ، وفي ذلك قولان حكاهما في المقدمات، قال: وعلى التصديق فهو يمين.

وقوله: (**وَقِيلَ: هُوَ شِبْهُ الْعَمْدِ**) هذه هي طريقة الباجي، وحكى الاتفاق على أنه لا قود له، وأجرى صاحب المقدمات فيه الثلاثة الأقوال المتقدمة في اللعب.

قوله: (**وَعَنْ مَالِكٍ: شِبْهُ الْعَمْدِ بِاطِلٌ**) هذه رواية ابن القاسم عن مالك في المدونة، لكن مالكاً لم ينكر ذلك مطلقاً كما هو ظاهر كلام المصنف، بل أنكره فيما عدا الأب، وحكى العراقيون إثباته فيما عدا الأب أيضاً.

الباجي: ولا خلاف في ثبوت حق الأب.

اللخمي: وشبه العمد أربعة أقسام؛ **أحدها**: أن يكون به القتل بغير آلة القتل، وبها لا يقصد إلى إتلاف النفس بمثله كالسوط والعصا والبندقة واللطمة والوكزة.

والثاني: أن يكون بآلة القتل، لكن لا يتهم على قصد القتل كفعل المدلجي بولده.

والثالث: أن يكون ممن أبيح له فعل مثل ذلك؛ كمعلِّم الثقاف والطبيب.

والرابع: أن يكون على صفة يراد بها القتل ويتقدمه بسياطه، يعلم أنه لم يكن المراد القتل، كالمتصارعين والمتلاعبين.

وَالتَّسَبُّبُ؛ كَحَفْرِ بِئْرٍ، أَوْ سَرْبٍ، أَوْ وَضْعِ سَيْفٍ، أَوْ رَبْطِ دَابَّةٍ، أَوِ اتِّخَاذِ كَلْبٍ عَقُورٍ قَصْداً لِلإِهْلاكِ، حَتَّى لَوْ حَفَرَ فِي دَارِهِ بِئْراً لإِهْلاكِ لِصٍ لَقُتِلَ بِهِ، وَلَوْ هَلَكَ بِهِ غَيْرُ الْمَقْصُودِ فَالدِّيَةُ أَوِ الْقِيمَةُ...

لما انقضى كلامه على المباشرة أتبعه بالتسبب وذكر له أمثلة؛ **أولها**: حفر بئر. زاد في الجواهر: حيث لا يجوز له ولابد من ذلك، فقد نص مالك على أنه لو حفر شيئاً مما يجوز في داره أو في طريق المسلمين مثل بئر لمصر أو لمرحاض يحفر إلى جانب حائطه؛ أنه لا غرم عليه لما عطب في ذلك كله.

أشهب: وهذا إذا لم يضر ما حفره في الطريق.

السرب بفتح السين والراء: البيت في الأرض؛ يعني: إذا فعل هذه الأشياء قصداً للإهلاك، فإن قصد إهلاك معين وهلك ذلك المعين؛ فالقصاص وإن هلك به غير المقصود، ويشمل قوله: (**غَيْرُ الْمَقْصُودِ**) صورتين؛ **الأولى**: أن يهلك غير المعين. **والثانية**: ألا يقصد إهلاك معين فالدية والقيمة؛ أي: فالدية في الحر والقيمة في العبد وفي غير الآدميين، وهذه المسائل التي ذكرها المصنف وقعت مفرقة في المذهب.

ابن عبد السلام: وربما كان في بعض الروايات ما يوهم الخلاف، لكن ما ذكره المصنف هو التحقيق في معانيها. مالك: ومن وضع سيفاً في طريق المسلمين أو في موضع يرصد به قتل رجل، فعطب به ذلك الرجل، فإنه يقتل به. إن عطب به غيره فديته على عاقلته. مالك: وما فعله في طريق المسلمين مما لا يجوز له فعله من حفر بئر أو ربط دابة أو نحوه، فهو ضامن لما أصاب بذلك، إن كان دون ثلث الدية، وإن كان الثلث [٦٩٦/ أ] فعلى العاقلة، وإن صنع من ذلك ما يجوز له؛ كمن نزل عن دابته ودخل لحاجته وهي واقفة في الطريق فلا يضمن، وكذلك على باب الطريق أو باب الإمام أو في السوق، فلا يضمن شيئاً، وليس ذلك كمن اتخذ لها مربطاً في طريق المسلمين.

قال البغداديون من أصحابنا: وكذلك إذا طرح قشور البطيخ في الطريق قصداً للإهلاك أنه يضمن ما هلك، ووقع في بعض النسخ التشبيه على هذه المسألة، وكذلك لو جرد قصيلاً أو عيداناً فجعله في بابه لتدخل في رجل الداخل في حائطه من سارق أو غيره فإنه يضمن، وكذلك من جعل شركاً يستضر به من يدخل، أو رش فناءه يريد أن يزلق من يمر به من السارق أو غيره؛ فهو ضامن. قال في المجموعة عن مالك: وإن كان تبرداً أو تنظفاً فيزلق به أحد فيهلك فلا يضمن.

وفي العتبية في الحافر حول زرعه لما تفسده مواشي الناس من زرعه بعد إذ أنذرهم، فيقع في ذلك الحفر بعض الدواب أنه لا ضمان عليهم، أنذرهم أم لا، وينبغي أن يتأول

مسألة العتبية على ما إذا قصد حفظ زرعه، لا إتلاف الماشية، وإن قصد إتلافها فإنه يضمن كالسارق، واختلف المذهب في الكلب العقور والدابة الضوال ومن له حائط مائل، ففي البيان أربعة أقوال؛ الأول: مذهب المدونة أنه يضمن بالتقدم إليه وإن لم يكن سلطان، وفي سماع عبد الملك أنه لا يضمن إلا أن يتقدم إليه في ذلك السلطان. وقال أشهب: يضمن وإن لم يتقدم إليه ولا أشهد عليه. وقيل: لا يضمن بحال وإن تقدم، نقله أيضاً عن أشهب، قال: وهذا إنما هو إذا اتخذه حيث يجوز له، وأما إن اتخذه في موضوع لا يجوز له، فلا خلاف أنه ضامن.

وَلَوْ فَعَلَ ذَلِكَ لا لِقَصْدِ إِهْلاكٍ؛ فَإِنْ كَانَ مِمَّا لا يَجُوزُ لَهُ ضَمِنَ الدِّيَةَ أَوِ الْقِيمَةَ، وَإِنْ كَانَ فِيمَا يَجُوزُ لَهُ؛ فَإِنْ قَصَدَ ضَرَراً وَلَوْ لِسَارِقٍ ضَمِنَهُ وَغَيْرَهُ، وَإِلا فَلا...

يعني: وأما لو فعل ما تقدم من حفر البئر ونحوها لا لقصد إهلاك، كأن كان في موضع لا يجوز له، وتصور كلامه ظاهر، إلا أن قوله: (**فَإِنْ قَصَدَ ضَرَراً**) كالمخالف لفرض المسألة؛ إذ فرضها أنه لم يقصد إهلاكاً، والجواب: المراد بالضرر ما دون الإهلاك، والله أعلم.

وَكَالإِكْرَاهِ، وَتَقْدِيمِ الطَّعَامِ الْمَسْمُومِ، وَكَذَلِكَ لَوْ طَرَحَ عَلَيْهِ حَيَّةً يَعْرِفُ أَنَّهَا قَاتِلَةٌ، وَلا يُقْبَلُ قَوْلُهُ: لَمْ أُرِدْ قَتْلَهُ...

هو معطوف على قوله: (**كَحَفْرٍ**) أي: ومعناه أنه يجب القصاص على المكره لتسببه، ولذلك يقتص أيضاً من المكره لمباشرته، وسيصرح المصنف بذلك، وكذلك أيضاً يقتل مقدم الطعام المسموم إذا علم بذلك.

ابن عبد السلام: وقد اختلف الطرق هل قتل النبي صلى الله عليه وسلم اليهودية التي سممت له الشاة ؟ ففي الصحيح من حديث أنس رضي الله عنه: **أن امرأة يهودية أتت**

رسول الله صلى الله عليه وسلم بشاة فأكل منها، فجيء بها إليه عليه الصلاة والسلام، فسألها عن ذلك، فقالت: أردت لأقتلك، فقال: «مَا كَانَ اللهُ لِيُسَلِّطَكِ عَلَى ذَلِكَ». فقال عِلِيٌّ: أَلاَ نَقْتُلُهَا ؟ قال: «لا». فما زلت أعرفها في لهوات رسول الله صلى الله عليه وسلم. وذكر أبو داود من حديث أبي سلمة أنه عليه الصلاة والسلام أمر باليهودية فقتلت، وبشر ابن البراء كان ممن أكل من تلك الشاة فمات **(وَكَذَلِكَ لَوْ طَرَحَ عَلَيْهِ حَيَّةً يَعْرِفُ أَنَّهَا قَاتِلَةٌ)** أي: فيقتص منه بذلك.

خليل: ولو قال بالقصاص في الحية، وإن لم يعرف أنها قاتلة ما بعُد.

وَلَوْ أَقَرَّ أَنَّهُ قَتَلَهُ بِالسُّمِّ قُتِلَ

وفي بعض النسخ **(بِهِ)** فيعود على الإقرار؛ لأنه لا يقتص بالسم، وإذا أقر أنه قتله بالسم فإنه يقتل، ولا يفيده رجوع لتعلق حق الآدمي، بخلاف ما لو أقر بالسم فقط، فإنه يقبل رجوعه إذا تاب، كما لو أقر شخص بالزندقة وادعى التوبة على أصح القولين.

وَفِيمَنْ أَشَارَ بِالسَّيْفِ فَهَرَبَ فَطَلَبَهُ حَتَّى مَاتَ وَبَيْنَهُمَا عَدَاوَةٌ أَرْبَعَةٌ: الْقِصَاصُ، وَالدِّيَةُ، وَالْقَسَامَةُ، وَإِلْحَاقُهُ بِشِبْهِ الْعَمْدِ، فَلَوْ أَشَارَ بِالسَّيْفِ فَمَاتَ مِنْهُ فَخَطَأٌ...

يعني: أن فيمن أشار على أحد بسيف فهرب منه فتبعه حتى مات وبينهما عداوة أربعة أقوال، ولم يذكر المصنف في فرض المسألة أنه سقط، والقول بالقصاص لابن المواز، ونصه: إن تمادى بالإشارة وهو يفر منه وطلبه حتى مات فعليه القصاص، قال: وإن مات مكانه من أول إشارة فالدية على عاقلته، والقول بالدية لابن ميسر، قال: لا قصاص في هذا، واستحسنه طائفة من القرويين، وقالوا: لا قصاص في هذا الأصل؛ يعني: المشير بالسيف، والجاري خلفه، قالوا: إذ لا يدرى هل مات من شدة الخوف أو من شدة الجري أو بمجموعهما، قال: ولا يمكن إثبات القصاص إلا على نفي شبه العمد، وظاهر قول

المصنف: **(الدِّيَةُ)** أنها دية الخطأ، ورأى اللخمي فيه الدية المغلظة، قال: لأن أمره مشكل، والقول بالقصاص بقسامة؛ أي: يقسِمون لمات خوفاً منه لابن القاسم، وذكر ابن القاسم أنه سقط ومات.

ابن القاسم: ولو أشار عليه بالسيف سقط فمات وبينهما عداوة، وهذا من الخطأ. وقال ابن الماجشون فيمن طلب رجلاً بالسيف فعثر المطلوب فمات، فعليه القصاص، [٦٩٦/ ب] قاله المغيرة وأصبغ وابن حبيب ولم يذكروا قسامة، وروي عن ابن القاسم أيضاً، ولم يجعل الباجي قول ابن القاسم خلافاً لقول محمد: لم يوجد شيء من فعله يحمل عليه، ورأى في الرابع التسبب والعداوة، لكن لم يتمحض عنده السبب، فألحقه بشبه العمد، وعلى قول الباجي فالمسائل ثلاث: الإشارة وحدها، والإشارة مع الهروب والطلب، والإشارة مع ذلك والسقطة، وعلى قول المصنف فليس إلا مسألتان، وكلام ابن شاس هنا أحسن من كلام المصنف؛ لأنه نقل الأقوال على ما وقعت عليه في الرواية، ولم يجعل في المسألة أربعة أقوال، ولا خلاف في مسألة الإشارة أن فيها الدية.

وَكَالإِمْسَاكِ لِلْقَتْلِ، وَقِيلَ: أَنَّهُ يُشْتَرَطُ أَنْ يَعْلَمَ أَنَّهُ لَوْلاهُ لَمْ يَقْدِرْ

أي: فيقتل الممسِك لتسببه والمباشر أيضاً، ومفهومه أنه لو أمسكه لا للقتل أنه لا يقتل، وهكذا في الموطأ، ففيه: قال مالك في الرجل يمسك الرجل فيضربه فيموت مكانه، وهو يرى أنه إنما يريد الضرب بما يضرب به الناس؛ لا نرى أنه عمد لقتله، فإنه يقتل القاتل ويعاقب الممسِك أشد العقوبة، ويحبس سنة لأنه أمسكه، ولا يكون عليه، ونحوه في المجموعة.

ابن عبد السلام: وإذا تأملته وجدته كالمخالف للقول الأول من كلام المؤلف. وقال ابن نافع: ويحبس بقدر ما يرى السلطان من دينه، ويستريب من أمره، وناحية صاحبه الذي حبسه له، وقال عيسى بن دينار: ويجلد مائة فقط.

ابن مزين: والقول ما قال ابن نافع. قال في المدونة: ويستدل على حبسه للقتل بأن يرى القاتل يطلبه وبيده سيف أو رمح فقتله، فهذان يقتلان جميعاً. قال: وإن حبسه ولم يرَ معه سيفاً ولا رمحاً مشهوراً فأتاه فقتله؛ فلا قتل على الحابس وإن كان من ناحيته؛ لأنه يقول: ظننته أنه يريد غير القتل.

وقوله: (**يُشْتَرَطُ... إلخ**). وهذا القول لأبي عبد الله بن هرمز البصري من أصحابنا.

فَلَوِ اشْتَرَكَ الْمُبَاشِرُونَ وَالْمُسَبِّبُونَ قُتِلُوا جَمِيعاً

كما لو اشترك جماعة في قتل رجل، بعضهم بالمباشرة، وبعضهم بالتسبب، وقد يقال بترجيح المباشر، وقد قال بذلك بعض شيوخنا في الإكراه، لكن اتفاق المذهب على أن الجماعة الحاضرين المتمالئين على قتل واحد منهم؛ أنهم يقتلون من تولى ضربه ومن لم يتولَّه، والله أعلم.

وَلَوْ تَمَالأَ جَمْعٌ عَلَى ضَرْبِهِ بِسَوْطٍ سَوْطٍ قُتِلُوا جَمِيعاً، وَكَذَلِكَ الْمُكْرِهُ وَالْمُكْرَهُ

لما في الموطأ عن عمر -رضي الله عنه- في الصبي لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلهم به.
قال في الجواهر: لو اجتمع جماعة على رجل يضربونه فقطع رجل رجله وفقأ آخر عينه وجدع آخر أنفه وقتله آخر، وقد اجتمعوا على قتله فمات؛ قتلوا به كلهم وإن كان جرح بعضهم أنكأ من جرح بعض، ولا قصاص له في الجراح ما لم يتعمد المُثْلَة، وإن لم يريدوا قتله اقتص من كل واحد بجرحه وقتل قاتله. انتهى.

ابن عبد السلام: ومسألة الأسواط جارية على أصل المذهب بشرط أن يقصدوا جميعاً إلى قتله على هذا الوجه، وأما لو قصد الضرب فليس السوط الأول ولا ما بعده مما يقرب منه مما يكون عنه القتل غالباً، فينبغي أن يقتل به الآخر، ومن قصد إلى قتله ممن تقدمه، وكذلك يقتل المكرِه والمكرَه، وكذلك أمر الظالم بعض أعوانه بقتل رجل ظلماً، فإنه يقتل الآمر والمأمور.

وَأَمَّا غَيْرُ الْمُكَلَّفِ مِنْهُمَا فَنِصْفُ الدِّيَةِ

أي: من الكرِه والمكرَه، و(**نِصْفُ الدِّيَةِ**) مبتدأ، وخبره محذوف تقديره: فعليه نصف الدية تحمله عاقلته؛ يعني: وعلى المكلف القصاص.

وَفِي الْحَافِرِ لإِهْلاكِ شَخْصٍ فَوَقَفَ عَلَى شَفِيرِهَا فَرَدَّاهُ آخَرُ قَوْلانِ

قيل: يقتلان جميعاً. وقيل: المردي خاصة، هذا الفرع وقع في بعض النسخ، وتصوره ظاهر، والقول بقتله لابن القطان، والثاني للقاضي أبي عبد الله بن هارون.

واحترز بقوله: (**لإِهْلاكِ شَخْصٍ**) مما لو حفرها لمنفعة نفسه فردَّاه غيره، فإن القود على المردي اتفاقاً ولا شيء على الحافر.

وَفِي قَتْلِ الأَبِ يَأْمُرُ وَلَدَهُ الصَّغِيرَ، وَالْمُعَلِّمِ يَأْمُرُ الصَّغِيرَ، وَالسَّيِّدِ يَأْمُرُ الْعَبْدَ مُطْلَقاً قَوْلانِ...

(**مُطْلَقاً**) يحتمل أن يريد به صغيراً أو كبيراً، ويحتمل عجمياً أو فصيحاً، ويحتمل أن يريدهما، واحترز بـ(**الصَّغِيرَ**) في مأمور الأب و(**الْمُعَلِّمِ**) في الكبير فيهما، فإن القتل على المأمور.

ابن القاسم: وليس على الآمر قتل ولا على عاقلته دية وعليه العقوبة، والقول بقتل الأب في المسائل لابن القاسم، والقول بنفي القتل لابن نافع، قال: ويوجع الأب والسيد عقوبةً ويقتل العبد، وحكى ابن شعبان قولاً ثالثاً بعكس هذا، يقتل السيد دون العبد، وسواء على هذه الأقوال الفصيح والأعجمي، ويقتل السيد في الأعجمي، وعلى العبد جلد مائة وسجن سنة. وقال أصبغ: يقتل السيد والعبد جميعاً؛ كان العبد فصيحاً أو لا. وعلى قول ابن القاسم: يقتل الآمر، فقال ابن القاسم: ويكون على عاقلة الصبي نصف الدية، وإن كثر الصبيان فالدية على عواقلهم، وإن لم يجب على كل عاقلة إلا أقل من الثلث فإنها

تحمله، ثم الخلاف في قتل الأب مقيد بما إذا لم يكن الأب حاضراً، وأما إن أرسله، أصبغ: وأما لو حضره وأمره فإنه يقتل أباً كان أو غيره، كما لو اجتمع رجلان على قتل رجل فقصدا له؛ أحدهما [٦٩٧/ أ] مباشر، والآخر يقول: اقتل، فإنهما يقتلان به جميعاً، قال أصبغ: ونزلت ومشايخنا متوافرون فرأَوا أن يقتل بقوله: اقتل على هذه الصفة.

وَأَمَّا الْمَأْمُورُ لا يَخَافُ مُخَالِفَتَهُ فعَلَيْهِ وَحْدَهُ، وَيُضْرَبُ الآمِرُ وَيُحْبَسُ

يعني: أن ما تقدم إنما هو إذا كان المأمور يخاف مخالفة الآمر، أما إذا لم يخف فالقتل على المأمور وحده.

ابن القاسم وأشهب: ويضرب الآمر ويحبس سنة.

وَفِي شَرِيكِ الْمُخْطِئِ وَالصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ نِصْفُ الدِّيَةِ، وَالْقِصَاصُ بِقَسَامَةٍ، وَالْقِصَاصُ بِغَيْرِ قَسَامَةٍ إِنْ كَانَ قَرِيباً، وَعَلَى الآخَرِينَ نِصْفُ الدِّيَةِ...

أي: وفي المتعمد الكبير العاقل يشارك مخطئاً أو صبياً أو مجنوناً، فحذف الأوصاف لدلالة مقابلها عليها، وحذف أيضاً المبتدأ؛ أي: ثلاثة أقوال استغناء بذكرها مفصلة.

وقوله: (**إِنْ كَانَ قَرِيباً**) أي: الموت. وقوله: (**وَعَلَى الآخَرِينَ**) أي: المخطئ والصبي والمجنون، ولم أقف على مجموعها في الدواوين في هذه المسألة، وسأوقفك على ما وقفت عليه، وظاهر كلامه: أن الأول وجوب نصف الدية على الكبير المشارك للصغير وإن كانا متعمدين، وهو مذهب المدونة على تقييد اللخمي وابن يونس؛ وذلك لأن مالكاً نص في المدونة وغيرها على أن في شريك الصبي القصاص إذا كان هو والصبي متعمدين، فقيده اللخمي وابن يونس بما إذا تعاقدا على قتله.

اللخمي: وإن لم يتعاقدا على قتله وقصد كل واحد رميه ولا يعلم بالآخر؛ لم يقتل الرجل، لإمكان أن تكون رمية الصبي القاتلة، وكذلك لو كانا رجلين والنافذة ضربة أحدهما ولم

يُعرف ولا يقتلان، وإن كان الكبير والصبي مخطئين أو كان الكبير مخطئاً كان فيه الدية، واختلف إذا كانت رمية الصبي خطأ ورمية الرجل عمداً، فقال ابن القاسم: عليه الدية ولا يقتل الكبير؛ إذ لا يدرى من أيهما مات. وقال أشهب: يقتل الكبير واختاره ابن المواز، واعترض حجة ابن القاسم بأنه إن كانت ضربة الصبي عمداً لا يدرى أيضاً من أيهما مات.

اللخمي: وقول ابن القاسم أحسن لئلا يقتل الرجل بالشك، إلا أن يدعي الأولياء أن ضربة أحدهما القاتلة فيقسموا عليها، فإن اقتسموا على ضربة الرجل قتلوه، وأما شريك المخطئ، فقال اللخمي: لا يقتل المتعمد عند ابن القاسم ويقتل عند أشهب. انتهى.

فالأول، قال عبد الملك: قال ولا قسامة في ذلك إن مات مكانه، وحكى ابن حبيب عن ابن القاسم أن الأولياء مخيرون بين أن يقسموا على ما شاءوا منهما، واستحسنه أصبغ.

ابن حبيب: ثم قال مرة يقسمون أن من ضربهما مات، ثم تكون نصف الدية من مال العامد ونصفها على عاقلة المخطئ. وحكى عبد الوهاب أنه متى اشترك في القتل القود، ومن لا يجب عليه كالعامد والمخطئ والبالغ والصغير والعاقل والمجنون؛ قتل من يلزمه القود وكان على الآخر بقسطه من الدية، وحيث ألزم الصبي شيء من الدية، فاختلف هل من ماله أو على العاقلة.

وَأَمَّا شَرِيكُ السَّبُعِ وَجَارِحِ نَفْسِهِ وَالْحَرْبِيِّ وَالْمَرِيضِ بَعْدَ الْجُرْحِ فَالأَوَّلانِ

أي: فالقولان الأولان؛ وهما نصف الدية والقصاص بالقسامة، وهما لابن القاسم.

وَلَوِ اصْطَدَمَ فَارِسَانِ أَوْ مَاشِيَانِ أَوْ مُخْتَلِفَانِ بَصِيرَانِ أَوْ ضَرِيرَانِ أَوْ مُخْتَلِفَانِ عَمْداً فَمَاتَا أَوْ أَحَدُهُمَا فَأَحْكَامُ الْقِصَاصِ وَإِلا فَعَلَى عَاقِلَةِ كُلٍّ وَاحِدٍ دِيَةُ الآخَرِ، وَكُلُّ فَرَسٍ فِي مَالِ الآخَرِ، وَقِيلَ: نِصْفُ دِيَةِ الآخَرِ لأَنَّهُ شَرِيكٌ...

أراد بالاختلاف الأول أن يكون أحدهما ماشياً والآخر راكباً، وبالاختلاف الثاني أن يكون أحدهما بصيراً والآخر ضريراً، وعدل عن قوله بالقصاص إلى قوله: (**فَأَحْكَامُ**

الْقِصَاصِ) وإن كان الأول أخص؛ لأنه يتصور القصاص في موتهما، ومعنى أحكام القصاص: أنهما إذا ماتا بطل حقهما؛ لأن من وجب له قصاص يبطل حقه بموت المقتص منه، ولأن قوله: **(أَحْكَامُ الْقِصَاصِ)** يشمل القولين إذا عاش أحدهما، هل لا يجب عليه إلا القصاص أو التخيير بينه وبين الدية، بخلاف قوله: **(فَعَلَى عَاقِلَةِ كُلٍّ وَاحِدٍ دِيَةُ الآخَرِ)** يريد: وكانا معاً مخطئين؛ لقوله: **(عَلَى عَاقِلَةِ كُلٍّ وَاحِدٍ)** وأما أن أحدهما متعمداً فعليه القصاص.

وقوله: **(كُلُّ فَرَسٍ)** أي: وقيمة كل فرس، وفي معنى الفرس: لو اصطدما وبأيدهما متاع فتلف، وقيل: إنما على كل واحد نصف دية الآخر؛ لأن كل واحد شارك في قتل نفسه وهذا لأشهب، نقله عنه ابن القصار، ونقله أبو عمران عن سحنون، وقد قال أشهب في المجموعة في حافري البئر ينهدم عليهما فيموت أحدهما: فإن على عاقلة الحي منهما نصف دية الآخر لشركة كل منهما في قتل نفسه.

وَالصَّبِيَّانِ كَذَلِكَ إِلا فِي الْقِصَاصِ

يعني: فإذا اصطدم صبيان كذلك؛ أي: من كونهما راكبين أو ماشيين... إلخ، وأن مجموع دية كل منهما على عاقلة الآخر على المشهور.

وَلَوِ اصْطَدَمَ حُرٌّ وَعَبْدٌ فَثَمَنُ الْعَبْدِ فِي مَالِ الْحُرِّ وَدِيَةُ الْحُرِّ فِي رَقَبَةِ الْعَبْدِ

المراد بالثمن القيمة، لكن المصنف تبع لفظ المدونة، وقال في المدونة: ويتقاصان - يعني: إن ماتا- فإن كانت قيمة العبد أكثر من دية الحر؛ كان الزائد لسيد العبد في مال الحر، وإن كانت دية الحر أكثر لم يكن على السيد من ذلك شيء.

محمد: إلا أن يكون للعبد مال، فيكون بقية العقل [٦٩٧/ ب] في ماله، وأخذ ابن رشد من هنا أن مذهب المدونة في جناية العبد أنها حالَّة؛ لأن قيمة العبد في مال الحر حالَّة، فلما

قال: يتقاصان، ولم يقل يأخذها السيد ويؤدي الدية التي جناها العبد منجمة، دل ذلك على أنها حالَّة، وقال أصبغ خلاف هذا: وهو أن سيد العبد مخير في جنايته على الحر خطأً بين أن يسلمه فيها أو يفديه بها مؤجلة.

فلو اصْطَدَمَ سَفِينَتَانِ فَلا ضَمَانَ بِشَرْطِ الْعَجْزِ عَنِ الصَّرْفِ، وَالْمُعْتَبَرُ الْعَجْزُ حَقِيقَةً لا لِخَوْفِ غَرَقٍ أَوْ ظُلْمَةٍ...

قوله: (**بِشَرْطِ الْعَجْزِ**) يوهم أن هذا ليس شرطاً في الفارسين إذا أجمحا فرساهما ولم يُقدر على صرفهما فكان عن ذلك تلف، فإنه لا ضمان في ذلك، وإنما يختلف الفرسان من السفينتين والفارسين إذا جهل أمرهما في قدرتهما على الصرف حملاً على الاختيار، والسفينتان بالعكس. وقال أشهب في السفينة: إذا علم أن ذلك من أمر غلبهم وليس من أمر غرقوا فيه فلا شيء عليه، وإن لم يكن يعلم فذلك على عواقلهم، وظاهره التسوية بين الفارسين والسفينتين، والفرق على المذهب: أن جري السفينتين بالريح وليس من عملهم بخلاف الفارسين، ويناقش المصنف في قوله: (**بِشَرْطِ الْعَجْزِ**) لأنه يقتضي أنه لابد من تحقيقه، ولا يشترط تحقيق العجز، فالأولى أن لو قال: فلا ضمان، إلا أن النواتية قادرون على صرفها.

وقوله: (**لا لِخَوْفِ غَرَقٍ أَوْ ظُلْمَةٍ**) يعني: أو كان النواتية يقدرون على صرف السفينة، ولكن يخشون مع ذلك على أنفسهم، فلم يصرفوها حتى هلكوا غيرهم فإنهم يضمنون؛ إذ ليس لهم أن يسلموا أنفسهم بهلاك غيرهم.

وقوله: (**ظُلْمَةٍ**) أي: كان اصطدامهم لظلمة، فإن ذلك لا يسقط الضمان عنهم كالمصطدمين في البر لظلمة، غير أن كلام المصنف يوهم أن مراده خوف الظلمة، وأنه مشارك لخوف الغرق في الحكم، والمسألة منقولة في الوجه الذي قلناه: أنه لا يصح حملها على ما فهم من كلام المصنف.

فَلَوْ جَذَبَ اثْنَانِ حَبْلاً فَانْقَطَعَ فَتَلِفَا فَكَالْمُتَصَادِمَيْنِ، وَلَوْ وَقَعَ أَحَدُهُمَا عَلَى إِنْسَانٍ أَوْ مَتَاعٍ فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمَا...

يعني: إذا ماتا أو أحدهما، فيجري على ما تقدم من حكم القصاص ووجوب الدية، ولو وقع أحدهما على إنسان أو متاع؛ فالضمان عليهما، لأن وقوع المباشر إنما كان من فعلهما، أما لو دفع رجل آخر فقتله فعلى الدافع العقل دون المدفوع.

فروع:

لو قاد بصير أعمى فوقع البصير ووقع أعمى عليه فقتله، فقال مالك في رواية ابن وهب: الدية على عاقلة الأعمى. **الثاني**: لو سقط ابنه من يده فمات لم يلزمه شيء، ولو سقط من يده شيء عليه فمات فالدية على عاقلته. أشهب: وإن كان الأرش أقل من الثلث ففي ماله. **الثالث**: لو طلب غريقاً فلما أخذه خشي على نفسه الهلاك فتركه فمات الرجل، فديته على عاقلة الساقط، قاله أشهب في المجموعة والموازية، ولو انكسرت سن الساقط وانكسرت سن الآخر، فقال ابن المواز: مذهب أصحابنا أن على الساقط دية سن الذي سقط عليه وليس على الآخر دية. وقال ربيعة: على كل واحد دية ما أصيبت، ودليل الأول أن الجناية سبب الساقط دون سبب الآخر.

فَلَوْ طَرَأَتْ مُبَاشَرَةٌ بَعْدَ أُخْرَى، فَإِنْ كَانَ عَنْ مُمَالأَةٍ قُتِلَ الْجَمِيعُ، وَلا قِصَاصَ لَهُ فِي الْجِرَاحِ مَا لَمْ يَتَعَمَّدِ الْمُثْلَةَ، وَإِلا قُدِّمَ الأَقْوَى وَعُوقِبَ الآخَرُ..

يريد: وكذلك لو كان الجراح في وقت واحد، فإن كان عن ممالأة قتل الجميع، هو ظاهر، فإنهم يقتلون في المالأة ولو كان بعضهم واقفاً، وهذا مقيد بأن يموت مكانه، وأما لو عاش وأكل وشرب؛ فإنه لا يقسم في العمد إلا على واحد، ولا قصاص في الجراح؛ يعني: إذا تميزت الضربات وعلم ضارب كل واحدة، والرجل الواحد لو جرح جراحات ثم قتل لم يقتص منه في الجراحات، والقتل يأتي عليها إلا أن يقصد الجارح المُثْلَة، فيجرح أولاً كما جرح، ثم يُقْتَل.

قوله: (**مُمَالأَةٍ**) يعني: وإن لم يتمالئوا بل قصد كل منهم إلى ضربه، قدم الأقوى؛ أي: من كان القتل عن ضربه ليتعين للقتل، ويقتص من كل واحد مما جرح وتلك عقوبته، هذا هو النقل لا كما يعطيه ظاهر كلام المصنف من أن المراد بالعقوبة خلاف القصاص، نعم يتعين التأديب في غير الجراحات كضرب بالعصا ونحوه.

تنبيه:

ما ذكره المصنف من تقديم الأقوى ومعاقبة الآخر مقيد بما إذا عرفت الضربات كما ذكرنا، وإن لم يعرف جرح كل واحد، ففي النوادر عن مالك: يقتلون كلهم إن مات مكانه، وإن لم يمت ففيه القسامة، وفي اللخمي خلافه، وأنه إذا أنفذ أحد ولا يدرى من هو أو من أي الضربات مات؛ أنه يسقط القصاص، أعني: إذا لم يتعاقدا على قتله وتكون الدية في أموالهم.

فَلَوْ جَرَحَ الأَوَّلُ ثُمَّ جَزَّ الثَّانِي الرَّقَبَةَ قُتِلَ الثَّانِي

هذا مثال للمسألة السابقة، والله أعلم.

فَلَوْ أَنْفَذَ أَحَدُهُمَا الْمَقَاتِلَ ثُمَّ أَجْهَزَ الثَّانِي فَفِي تَعْيِينِ ذِي الْقِصَاصِ مِنْ ذِي الْعُقُوبَةِ قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ...

تصور المسألة ظاهر، واتفق على أنه لا يقتص منهما، واتفق على أنه يقتص من أحدهما، ويعاقب الآخر ويقتل الأول ومعاقبة الثاني، قال أشهب وغيره: وعليه ولا يرث ولا يورث، إلا أنه كالميت. ابن القاسم في تتميمه هذا القول [٦٩٨/ أ]: ويبالغ في عقوبة الثاني، وقد أتى عظيماً، وإن كان المجروح قد أكل وشرب.

سحنون: ويقتل بغير قسامة، لكن يلزم على الأول أمور شنيعة، وهو إذا كان كالميت لا تجوز وصاياه، وقد ذهب إلى ذلك أصبغ، وهو خلاف ما أجمع عليه الصحابة؛ لأن عمر

رضي الله عنه أوصى على تلك الحال، وأنفذ المسلمون وصاياه، ويلزم أيضاً ألا يخاطب بالصلاة، وهو خلاف ما أشار إليه عمر -رضي الله عنه- من لزومها حينئذٍ بقوله: ولا حظ في الإسلام لمن ترك الصلاة.

ابن رشد: ولو قيل: يقتلان معاً، لكان لذلك وجه.

الثَّانِي: الْقَتِيلُ، وَشَرْطُهُ: أَنْ يَكُونَ مَعْصُومَ الدَّمِ بِإِسْلامٍ، أَوْ جِزْيَةٍ، أَوْ أَمَانٍ، وَانْتِفَاءُ مُوجَبٍ لا عَفْوَ فِيهِ...

الركن الثاني: (**الْقَتِيلُ**) أي: الذي يقتل قاتله أن يكون معصوم الدم، وعصمته إما بالإسلام؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: «**أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله، فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها**».

وأما بجزية؛ لقوله تعالى: ﴿ قَٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ ﴾ إلى قوله: ﴿ حَتَّىٰ يُعْطُواْ ٱلْجِزْيَةَ ﴾ [التوبة:٢٩].

وأما بأمان؛ لقوله تعالى: ﴿ وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ ٱلْمُشْرِكِينَ ٱسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّىٰ يَسْمَعَ كَلَٰمَ ٱللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُۥ ﴾ [التوبة:٦].

قوله: (**وَانْتِفَاءُ مُوجَبٍ**) مرفوع بالعطف على (**أَنْ يَكُونَ**) أي: وشرطه انتفاء موجب لا عفو به، واحترازاً ممن وجب عليه القصاص؛ لأن للولي أن يعفو عنه، فلو قتله غير الولي قتل به.

وَلا قِصَاصَ فِي مُرْتَدٍّ وَلا زِنْدِيقٍ وَلا زَانٍ مُحْصَنٍ، نَعَمْ يُؤَدَّبُ فِي الافْتِئَاتِ

هذا بيان لما احترز عنه بقوله: (**وَانْتِفَاءُ مُوجَبٍ**) ويحتمل أن يعود إلى القيد الأول، وهو العصمة بالإسلام، وإذا انتفى القصاص عن قاتل المرتد مع أن المذهب استتابته، فلأن ينتفي في الزنديق من باب أولى لتحتم قتله، ونص سحنون على نفي القصاص عن قاتل المرتد ولو كان القاتل نصرانياً، وتأديب قاتل هؤلاء ظاهر لافتئاته على الإمام.

وَأَمَّا مَنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ فَمَعْصُومٌ مِنْ غَيْرِ الْمُسْتَحِقِّ، فَإِنْ قَتَلَهُ أَجْنَبِيٌّ عَمْداً فَدَمُهُ لأَوْلِيَاءِ الأَوَّلِ عَلَى الْمَشْهُورِ، فَإِنْ أَرْضَاهُمْ أَوْلِيَاءُ الثَّانِي فَدَمُهُ لَهُمْ. وَرَوَى ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ: لا شَيْءَ لأَوْلِيَاءِ الأَوَّلِ كَمَوْتِهِ...

قوله: (**فَإِنْ قَتَلَهُ**) أي: القاتل (**أَجْنَبِيٌّ**) أي: عمداً احترازاً من الخطأ وسيأتي (**فَدَمُهُ**) أي: دم الأجنبي لأولياء الأول؛ أي: المقتول الأول على المشهور، وهو مذهب المدونة؛ لأن أولياء الأول استحقوا نفسه فكانوا أحق بها يكون عيناً من قصاص ودية.

وقوله: (**فَإِنْ أَرْضَاهُمْ**) هو تفريع على المشهور، وهو أن دم الأجنبي لأولياء الأول إلا أن يرضيهم أولياء القتيل الثاني فيكون دمه لهم، وظاهر قوله: (فإن أرضاهم) أنه موقوف على اختيار أولياء الأول، وأن لهم ألا يرضوا بها بذلوا لهم من الدية وأكثر منها وهو مذهب المدونة. وقال ابن الماجشون في المبسوط: لولي الثاني أن يدفع الدية إلى ولي الأول ويقتص هو لنفسه، وفهم اللخمي منه إجبار أولياء الأول على قبول الدية.

قوله: (**وَرَوَى ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ: لا شَيْءَ لِأَوْلِيَاءِ الأَوَّلِ كَمَوْتِهِ**) لأن حقهم كان معلقاً بعينه، وهذا يقابل المشهور.

وَكَذَلِكَ لَوْ قُطِعَتْ يَمِينُ قَاطِعِ الْيَمِينِ وَنَحْوُ ذَلِكَ

فتأتي القولان، فعلى المشهور يكون القطع للمقطوع أولاً وهو ظاهر ابن القاسم في الموازية، وإن قطع يد رجل من المنكب فعدا رجل على القاطع فقطع يده من المنكب؛ أنه يقال للمقطوع يده من المنكب: إن شئت فاقتص من قاطع قاطعك من المنكب فقط ولا شيء لك غير ذلك، ويخلى بينه وبين من قطع كفه فيقتص منه ما بقي من يده بعد الكف من المنكب قصاصاً للمقطوع الأول. اللخمي: وقول محمد أحسن.

ابن عبد السلام: وفيه بعد؛ لأنه يقطع رجلين في موضعين مختلفين، ولم يتول قطعه منهما غير واحد.

فَإِنْ قَتَلَهُ خَطأً جَرَى الْقَوْلانِ فِي الدِّيَةِ

فعلى المشهور تكون الدية لأولياء القتيل الأول، وعلى الشاذ لا يكون لأولياء الأول شيء من الدية ويكون لأولياء القتيل الثاني. وظاهر قوله: (**جَرَى الْقَوْلانِ**) ليسا منصوصين هنا، أو العقل وليس كذلك، بل هما منصوصان أيضاً.

فَإِنْ فُقِئَتْ عَيْنُ الْقَاتِلِ أَوْ قُطِعَتْ يَدُهُ وَشِبْهُهُ عَمْداً أَوْ خَطأً فَلَهُ الْقَوَدُ والْعَفْوُ وَالْعَقْلُ وَلاَ سُلْطَانَ لِوُلاةِ الْمَقْتُولِ...

يعني: أن الأطراف لا تدخل تحت النفس، فلا يلزم من استحقاق الأولياء دم القاتل أن يستحقوا أجزاءه، فلذلك كان القاطع إذا قطعت يده أو فقئت عينه أو فعل به شيء عمداً أو خطأً القود في العمد والعقل في الخطأ، واختلف في عكس هذا، وهو إذا قطعت يد رجل عمداً ثم قتل القاطع خطأً أو عمداً فصالح أولياؤه في العمد على مال، فقيل: لا شيء لمن قطعت يده؛ لأن الدية إنما أخذت عن النفس. وقال محمد: إن أخذ الدية في الخطأ أو العمد فللمقطوع يده أخذ حقه من ذلك، واستحسن اللخمي الأول.

فَلَوْ كَانَ الْوَلِيُّ هُوَ الْقَاطِعَ فَكَذَلِكَ أَيْضاً عَلَى الْمَشْهُورِ، وَلَوْ كَانَ سُلِّمَ لَهُ

أي: ولي المقتول هو الذي قطع من القاتل يده أو نحوها عمداً أو خطأً، والإشارة بذلك إلى القود والعفو والعقل، والمشهور من مذهب المدونة، فيكون للقاتل أن يقتص من الولي، ثم للولي أن يقتله. وقال: (**وَلَوْ كَانَ سُلِّمَ لَهُ**) لئلا يتوهم المتوهم أن الخلاف قبل التسليم، وأما بعد فقد استحقوه حقيقة ولا يلزم الولي شيء، فبيَّن المصنف أنه لا فرق.

ابن عبد السلام: وأفاد تأخير المبالغة إلى القول الشاذ فيهما [٦٩٨/ ب] قبل تسليم الجاني، وأما قبل تسليمه فلا، بخلاف ما لو قال: ولو كان سلم له على المشهور فإنه يوهم أن الخلاف مقصور على ما بعد التسليم، وعزا في الجواهر الشاذ لابن القاسم في الواضحة،

وعلله بأن النفس كانت لهم، قال: وليعاقبهم الإمام، وأشار أبو عمران إلى أنه لو سلم القاتل إلى الأولياء ليقتلوه فجرحه الولي، ففلت بنفسه أنه لا شيء عليه. قال: وإنما يقتص منه إذا قصد إلى جرحه، وإن غاب عليه أولياء المقتول فأصيب -قد قطعت يداه أو رجلاه- فقالوا: إنما أردنا قتله، فاضطرب حتى أصابه ذلك، فالقول في ذلك قولهم.

الثَّالِثُ: الْقَاتِلُ، وشَرْطُهُ: أَنْ يَكُونَ بَالِغاً، عَاقِلاً، غَيْرَ حَرْبِيٍّ، وَلا مُمَيَّزٍ عَنِ الْمَقْتُولِ بِإِسْلامٍ مُطْلَقاً وَحُرِّيَّةٍ مَعَ تَسَاوِيهِمَا...

الركن الثالث: القاتل الذي يقتص منه، وذكر لشرطه أربعة أجزاء؛ **الأول**: (**أَنْ يَكُونَ بَالِغاً**) فلا قصاص على صبي. **الثاني**: أن يكون (**عَاقِلاً**) فلا قصاص على المجنون. **الثالث**: أن يكون (**غَيْرَ حَرْبِيٍّ**) لأن الحربي لا يقتص. **الرابع**: ألا يكون (**مُمَيَّزٍ**) بأحد وصفين؛ **أولهما**: الإسلام، فلا يقتل مسلم بكافر.

وقوله: (**مُطْلَقاً**) يعني: إن تميز القاتل بالإسلام، وإن كان عبداً مانعاً من القصاص، وإن كان مقتوله حرًّا.

ثانيهما: ألا يكون مميزاً عن المقتول بحرية، فلا يقتل حر بعبد. وقوله: (**مَعَ تَسَاوِيهِمَا**) أي: في الدين؛ لأنه لو تميز القاتل بالحرية والمقتول بالإسلام لاقتص من القاتل على المشهور كما سيأتي.

فَلا قِصَاصَ عَلَى صَبِيٍّ وَلا مَجْنُونٍ بِخِلافِ السَّكْرَانِ، وَعَمْدُهُمَا كَالْخَطَإِ، فَلِذَلِكَ تَجِبُ الدِّيَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ مُطْلَقاً إِنْ بَلَغَتِ الثُّلُثَ، وَإِلا فَفِي مَالِهِ أَوْ فِي ذِمَّتِهِ كَخَطَئِهِ وَخَطَإِ غَيْرِهِ...

هذا بيان ما احترز عنه، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام: «**رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلاثَةٍ**». يعني: النائم حتى يستيقظ، وعن الغلام حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق.

رواه أبو داود. وفي الموازية: أن ما أصابه المجنون المطبق هدر في الدماء والأموال. وفي المجموعة: في المجنون والمعتق يكسر سن رجل أو يحرق ثوبه؛ أنه لا شيء عليه، ظاهر إطلاقه أنه لا فرق في الصبي بين المميز وغيره، وقد تقدم في غير المميز الخلاف في باب الغصب، بخلاف السكران فإنه يقتص منه، وقد تقدم غير مرة الكلام على حكم السكران.

وقوله: (**وَعَمْدُهُمَا**) أي: الصبي والمجنون كالخطأ في نفي القصاص. وقوله: (**مُطْلَقاً**) أي: في العمد والخطأ (**وَإِلا**) أي: وإن لم يبلغ الثلث ففي مال الصغير أو في ذمته كخطأ غير الصغير إذا كان دون الثلث، وفي بعض النسخ: (**كَخَطَئِهِمَا**) أي: كخطأ غير الصغير والمجنون، وفي بعض النسخ (**كَخَطَئِهِ**) أو خطأ غيره كخطأ من غيرهما أو خطأ وغيره؛ أي: إذا شارك أحدَهما مكلفٌ، فإن لكل حكمه.

وَأَمَّا الْمَجْنُونُ فِي حَالِ إِفَاقَتِهِ فَكَالصَّحِيحِ

هو ظاهر، ويقتص منه في حال إفاقته.

ابن المواز: فإن أيس من إفاقته كانت الدية عليه في ماله. وقال المغيرة: يسلم إلى أولياء المقتول فيقتلون به إن شاءوا. قال: ولو ارتد ثم جن لم أقتله حتى يصح؛ لأني أدرأ الحدود بالشبهات، ولا أقول هذا في حق الناس. ورأى اللخمي أن يكون الخيار لأولياء المقتول، فإن شاءوا قتلوا هذا المجنون، وإن شاءوا أخذوا الدية إن كان له مال، وإلا اتبعوه بها.

وَلا يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِكَافِرٍ قِصَاصاً إِلا أَنْ يَقْتُلَهُ غِيلَةً، وَيُقْتَلُ الْكَافِرُ بِالْمُسْلِمِ

أما قتل الكافر بالمسلم فمتفق عليه، وأما عدم قتل المسلم بالكافر فهو مذهبنا خلافاً للحنفية، ودليلنا ما في الصحيح عنه عليه الصلاة والسلام: «**لاَ يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِكَافِرٍ**».

وقوله: (**إِلا أَنْ يَقْتُلَهُ غِيلَةً**) الظاهر أن الاستثناء منقطع؛ لأنه في الحقيقة لم يقتل به، بل للفساد في الأرض، بدليل أنه لو عفا ولي الكافر لم يسقط القتل، ولا يقتل الحر بالعبد،

والغيلة بكسر الغين: القتل على المال، وفي معنى الغيلة الحرابة، فإن الحر يقتل فيها بالعبد والمسلم بالكافر، نص عليه ابن يونس وغيره.

وَالْكَافِرُ مِنْ نَصْرَانِيٍّ أَوْ يَهُودِيٍّ أَوْ مَجُوسِيٍّ ذِمِّيٍّ أَوْ ذِي أَمَانٍ وَمَنْ لا يُقْتَصُّ لَهُمْ مِنَ الْمُسْلِمِ لِنُقْصَانِ الْكُفْرِ مُتَكَافِئُونَ...

(**الْكَافِرُ**) مبتدأ، (**مِنْ**) في (**مِنْ نَصْرَانِيٍّ**) لبيان الجنس (**وَمَنْ لا يُقْتَصُّ**) معطوف على الكافر من عطف العام على الخاص؛ لأن هذا يشمل عبدة الأوثان ونحوهم، و(**مُتَكَافِئُونَ**) الخبر؛ لأن الكفر ملة واحدة، فلهذا لو قتل النصراني أو اليهودي مجوسياً قُتِلا به، ويحتمل أن يعطف قوله: (**الْكَافِرُ**) على (**الْمُسْلِمِ**) ويكون المعنى: أن الكافر بالمسلم، وبالكافر من نصراني أو يهودي أو مجوسي، ويكون ابتداء المسألة الثانية قوله: (**وَمَنْ لا يُقْتَصُّ لَهُمْ**) وعلى هذا الاحتمال مشى ابن عبد السلام، وعلى الأول مشى شيخنا وغيره، وكلاهما صحيح.

وَلا يُقْتَلُ حُرٌّ بِرَقِيقٍ وَلَوْ قَلَّ جُزْءُ رِقِّهِ، وَلا مَنْ فِيهِ عَقْدُ حُرِّيَّةٍ مِنْ مُكَاتَبٍ أَوْ مُدَبَّرٍ وَأُمِّ وَلَدٍ أَوْ مُعْتَقٍ إِلَى أَجَلٍ، وَيُقْتَلُونَ بِالْحُرِّ جَمِيعاً كَالرَّقِيقِ...

تصور كلام المصنف ظاهر ولا خلاف فيه عندنا، وفي الدارقطني عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «**لا يُقْتَلُ حُرٌّ بِعَبْدٍ**». وروى أيضاً عن عليٍّ رضي الله عنه أنه قال: من السنة ألا يقتل حر مسلم بذمي ولا حر بعبد. ونقل الباجي إجماع الصحابة على ذلك.

وَإِذَا قَتَلَ الْعَبْدُ حُرًّا عَمْداً خُيِّرَ وَلِيُّهُ فِي قَتْلِهِ، فَإِنِ اسْتَحْيَاهُ خُيِّرَ سَيِّدُهُ فِي [٦٩٩/أ] **فِدَائِهِ بِالدِّيَةِ أَوْ إِسْلامِهِ. وَفِي الْخَطَإِ يُخَيَّرُ سَيِّدُهُ فِي الدِّيَةِ أَوْ إِسْلامِهِ، وَكَذَلِكَ لَوْ ثَبَتَ الأَمْرَانِ عَلَيْهِ بِالْقَسَامَةِ...**

هكذا الجملة وقعت في بعض النسخ، ومعناها: إذا قتل العبد حرًّا عمداً خُيِّر وليه - أي: ولي الحر - في قتل العبد واستحيائه، فإن قتله فلا كلام، وإن استحياه خُيِّر سيده في

فدائه بدية الحر وإسلامه للولي، وهذا ظاهر قول أشهب الذي يرى أن موجب العمد التخيير، وأما على قول ابن القاسم أنه ليس لولاة المقتول في العمد إلا أن يقتلوه ولا يلزموه الدية، فيفرق بين المطلوب هنا غير القاتل وهو السيد، ولا ضرب عليه في واحد من الأمرين اللذين يختارهما ولي الدم، بخلاف هذه الصورة فإن للقاتل الحر غرضاً في التمسك بماله لإغناء ورثته، وإن قتل حرًّا خطأً فالقصاص ساقط والجناية متعلقة برقبته، فيخير سيده بين أن يفديه بدية الحر أو يسلمه لولي المقتول كما في سائر جنايته. قوله: (**وَكَذَلِكَ لَوْ ثَبَتَ الأَمْرَانِ عَلَيْهِ بِالْقَسَامَةِ**) العمد والخطأ.

وَمَنْ لا يُقْتَصُّ لَهُمْ مِنَ الْحُرِّ لِنُقْصَانِ الرِّقِّ مُتَكَافِئُونَ

فتقتل أم الولد وغيرها بالعبد الْقِنِّ، وهو ظاهر.

وَلا يُقْتَلُ عَبْدٌ مُسْلِمٌ بِحُرٍّ ذِمِّيٍّ، وَسَيِّدُهُ مُخَيَّرٌ فِي افْتِكَاكِهِ بِالدِّيَةِ أَوْ إِسْلامِهِ فَيُبَاعُ عَلَى أَوْلِيَائِهِ...

حكى صاحب البيان الاتفاق على ذلك إذا لم تتكافأ دماؤهما، فإن حرمة الإسلام أعظم، فيخيَّر سيده في افتكاكه بدية الحر الذمي وفي إسلامه في الجناية، فيباع لأولياء الذمي لعدم جواز ملك الكافر للمسلم، وظاهر كلامه: أنه إذا بيع يعطى جميع الثمن لأولياء الذمي وإن كان أكثر من دية الحر، وهو قول ابن القاسم في المدونة وقاله مطرف، وابن الماجشون: إن فضل فضل فهو لسيده. أصبغ: والأول أصوب.

وَيُقْتَلُ الْحُرُّ الذِّمِّيُّ بِالْعَبْدِ الْمُسْلِمِ كَالْحُرِّ بِالْحُرِّ وَالْقِيمَةُ هُنَا كَالدِّيَةِ، وَقِيلَ: لا يُقْتَلُ وَهُوَ كَسِلْعَةٍ...

قد يتبين بالمسألة السابقة أن العبد المسلم أعظم حرمة من الذمي الحر، فلذلك قتل الحر الذمي بالعبد المسلم؛ لأنه إذا قتل بالكافر فأحرى إذا كان المقتول أعظم حرمة،

وأشار بقوله: **(وَالْقِيمَةُ هُنَا كَالدِّيَةِ)** إلى أن سيد العبد لو أراد أن يلزم الذمي قيمة العبد لجرى على الخلاف بين ابن القاسم وأشهب في الدية، فعلى قول ابن القاسم ليس له إلا قتل الذمي وليس له أن يلزمه القيمة، وعلى قول أشهب له ذلك.

قوله: **(وَقِيلَ: لا يُقْتَلُ)** أي: الذمي بالعبد المسلم، هو قول سحنون وأحد قولي ابن القاسم.

وَلِلأُبُوَّةِ وَالأُمُومَةِ أَثَرٌ فِي الدَّرْءِ بِاحْتِمَالِ الشُّبْهَةِ إِذَا ادَّعَيَا عَدَمَ الْقَصْدِ كَمَا لَوْ حَذَفَهُ بِالسَّيْفِ وَادَّعَى أَدَبَهُ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَهُ لا يُقْبَلُ مِنْهُ حَتَّى لَوْ شَرَكَهُ أَحَدٌ فِي قَتْلِهِ قُتِلَ...

لما فرغ من المانع مطلقاً؛ وهو الإسلام والحرية، شرع في المانع من جهة، ولهذا قال: **(أَثَرٌ فِي الدَّرْءِ)** ولو بعده مانعاً مطلقاً. والدرء: الدفع؛ أي: دفع القصاص. والباء في **(بِاحْتِمَالِ)** للسببية، والسببية هي الشفعة التي جبلا عليها، فلم يتهما على إرادة القتل إذا ادعيا عدم القصد؛ أي: إلى القتل، ثم مثَّل لذلك بما لو حذفه بسيف فمات، نحوه في الموطأ في قصة المدلجي، وفيه أن عمر رضي الله عنه غلَّظ عليه الدية؛ لأنه لما كان فعله يقتل به الغير وسقط عنه هو القتل للشبهة؛ غلظت عليه الدية توسطاً بين الحالتين. قوله: **(وَإِنْ كَانَ غَيْرَ الأَبِ لا يُقْبَلُ مِنْهُ)** أي: عدم القصد إلى قتله.

ابن عبد السلام: وفاعل **(شَرَكَهُ)** ضمير يفهم من السياق؛ أي: شركه أجنبي. انتهى. وقد يقال: بل هو عائد إلى غيره.

وَلِذَلِكَ قُتِلَ مُكْرِهُ الأَبِ دُونَهُ

(مُكْرِهُ الأَبِ) بكسر الراء: اسم فاعل؛ أي: ولأجل الشبهة وتباين حكم الأب من غيره، لو أكره الأجنبي الأب على قتل ولده؛ قتل الأجنبي فقط، وقد تقدم إلى أن المكرِه والمكرَه يقتلان معاً، فلولا ما أشار إليه لقتل الأب أيضاً.

أَمَّا لَوْ قُتِلَ مَعَ انْتِفَاءِ الشُّبْهَةِ فَيُقْتَصُّ مِنْهُ. كَمَا لَوْ ذَبَحَهُ أَوْ شَقَّ جَوْفَهُ، وَكَذَلِكَ لَوْ جَزَّ يَدَهُ فَقَطَعَهَا، أَوْ وَضَعَ يَدَهُ فِي عَيْنَيْهِ فَأَخْرَجَهَا، وَكَذَلِكَ لَوِ اعْتَرَفَ بِالْقَصْدِ. وَقَالَ أَشْهَبُ: لا يُقْتَلُ الأَبُ بِابْنِهِ بِحَالٍ...

الأول -هو المشهور-: أنه يقتل به إذا انتفت شبهة إرادة التأديب، وبقول أشهب في نفي القصاص عن الأب ولو كان على وجه تتعين معه الشبهة قال الشافعي، وقد روى الترمذي أحاديث ظاهرها لقول أشهب، لكن قال عبد الحق في الأحكام: لا يصح شيء منها.

وَالأَجْدَادُ وَالْجَدَّاتُ لِلأَبِ كَالأَبِ، وَفِي كَوْنِهِمَا مِنَ الأُمِّ كَالأُمِّ أَوْ كَالأَجْنَبِيِّ قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ...

نحوه في الجواهر واللخمي؛ لأنه قال في الجواهر: وكذلك لا يقتل الأجداد والجدات من قبل الأب والأم، من يرث منهم ومن لا يرث، وبهذا قال عبد الملك، وقال ابن سحنون عن أبيه: اتفقوا على أنه تغلَّظ في الجد والجدة من قبل الأب، واختلفوا في الجد والجدة من قبل الأم، فقال ابن القاسم: هما كالأم، وبه قال سحنون. وقال أشهب: هما كالأجنبيين.

اللخمي: وقول عبد الملك أحسن؛ لأن كل واحد منهما حناناً لا يتهم معه على القتل. وروي عن ابن القاسم التغليظ في الجد أبي الأب والجدة أم الأب، ووقف في أبي الأم وأم الأب.

قال شيخنا -رحمه الله-: وكان ينبغي أن يعكس ما قالوه هنا؛ إذ جهة الأم أشد شفقة، بدليل تقديم الجدات لأم في الحضانة، ولا خلاف أنها لا تغلظ [٦٩٩/ ب] على غير الأجداد والجدات من الأقارب.

وَشَرْطُ الْقِصَاصِ عَلَى الأَجْدَادِ أَنْ يَكُونَ الْقَائِمُ بِالدَّمِ غَيْرَ وَلَدِ الأَبِ

يعني: إذا اقتص من الجد لإضجاعه ولد ابنه مثلاً، فشرط ذلك أن يكون القائم به عصبة غير الولد؛ لأنه ليس لابن أن يقتل أباه، وهكذا قال في الموازية فيمن قتل زوجته

وابنها ابنه؛ أنه ليس له قتل أبيه وأرى له الدية على عاقلته، وفرض المصنف المسألة في الأجداد؛ لأنه يؤخذ منه الحكم في الآباء بطريق الأولى، كما لو قتل رجل ابنه فليس لابنه الآخر القصاص منه، لا يقال: إن ما ذكره من هذا الشرط منافٍ لما في المدونة، ويكره قصاص الابن من أبيه، فإن الكراهة لا تنافي الجواز؛ لأنا نقول المراد بالكراهة المنع، وإنما عبر بها المصنف تبعاً للمدونة، وعلى المنع حملها أبو عمران وغيره.

وَلا أَثَرَ لِفَضِيلَةِ الرُّجُولِيَّةِ وَالْعَدَدِ وَالْعَدَالَةِ وَالشَّرَفِ وَسَلامَةِ الأَعْضَاءِ وَصِحَّةِ الْجِسْمِ، فَيُقْتَلُ الصَّحِيحُ بالأَجْذَمِ، وَالأَعْمَى وَالْمَقْطُوعُ الْيَدَيْنِ وَالرِّجْلَيْنِ بِالسَّالِمِ...

قد تقدم أنه لا أثر للعدد، وأما بقية المسائل؛ فلقوله تعالى: ﴿ ٱلنَّفْسَ بِٱلنَّفْسِ ﴾ [المائدة:٤٥] فعم؛ فلذلك قتل الرجل بالمرأة والصحيح بالمريض. وقوله: (**وَالأَعْمَى وَالْمَقْطُوعُ... إلخ**). هو عكس الذي قبله، والمقصود: أنه كما يقتل السليم بالمعيب فكذلك العكس.

وقال ابن عبد السلام: وفي كلام المصنف قلب؛ لأن مقصوده قتل السالم بغيره، ولا حاجة إلى دعوى القلب.

وَإِذَا صَادَفَ الْقَتْلُ تَكَافُؤَ الدِّمَاءِ لَمْ يَسْقُطْ بِزَوَالِهِ؛ كَالْكَافِرِ يُسْلِمُ، وَالْعَبْدُ يَعْتِقُ

لما تكلم على ما يمنع القصاص وما لا يمنعه، تكلم في المانع إذا حصل بعد القتل، وبيّن أنه لا عبرة به، كما لو أسلم الكافر بعد قتله كافراً، أو كما لو أعتق العبد بعد قتله عبداً، فإن القصاص لا يسقط عنهما؛ لأن العبرة التكافؤ حالة القتل وهو حاصل، ولا يعترض عليه بما أوصى لوارث فصار غير وارث أو العكس، فإن العبرة بالمثال؛ لأن الوصية عقد منحل، وفي المجموعة في نصراني قتل نصرانياً عمداً ولا ولي له إلا السلطان

ثم أسلم، قال: العفو عنه إذا صار أمره إلى الإسلام أحب إليَّ؛ لأن حرمته الآن أعظم من المقتول، ولو كان للمقتول أولياء لكان القود لهم.

فَلَوْ زَالَ بَيْنَ حُصُولِ الْمُوجِبِ وَوُصُولِ الأَثَرِ كَعِتْقِ أَحَدِهِمَا أَوْ إِسْلامِهِ بَعْدَ الرَّمْيِ وَقَبْلَ الإِصَابَةِ وَبَعْدَ الْجُرْحِ وَقَبْلَ الْمَوْتِ. فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: الْمُعْتَبَرُ فِي الضَّمَانِ حَالُ الإِصَابَةِ وَحَالَةُ الْمَوْتِ، كَمَا لَوْ رَمَى صيداً ثُمَّ أَحْرَمَ ثُمَّ أَصَابَهُ فَعَلَيْهِ جَزَاؤُهُ. وَقَالَ أَشْهَبُ وَسُحْنُونُ: حَالُ الرَّمْيِ، ثم رَجَعَ سَحْنُونُ، فَأَمَّا الْقِصَاصُ فَبِالْحَالَيْنِ مَعاً...

(**زَالَ**) أي: التكافؤ بين (**حُصُولِ الْمُوجِبِ**) أي: السبب (**وَوُصُولِ الأَثَرِ**) أي: السبب. فقال ابن القاسم: المعتبر في الضمان - أي: ضمان دية الحر وقيمة العبد- حال الإصابة والموت؛ أي: حصول السبب، كما لو رمى صيداً أو أرسل عليه جارحاً ثم أحرم، ثم أصابه السهم أو الجارح فعليه جزاؤه، وقال أشهب وسحنون: المعتبر في الضمان حال الرمي وحال الجرح، ورجع سحنون إلى موافقة ابن القاسم، وأما القصاص: فيعتبر في الحالين معاً؛ أي: فيشترط دوام التكافؤ من حصول السبب إلى حصول المسبب اتفاقاً، ولو قيل باعتبار السبب في الجرح والمسبب في مسألة الرمي ما بعد، وفي كلام المصنف إشارة إلى ترجيح قول ابن القاسم بالوجهين، أولهما المسألة المقيس عليها، فإن أشهب وسحنوناً ليوافقا عليها، ما أحسن الاستدلال بها، وثانيهما ما اتفق عليه من اعتبار حال الإصابة في القصاص.

فَلَوْ رَمَى عَبْدٌ حُرًّا خَطَأً ثُمَّ أُعْتِقَ فَالدِّيَةُ عَلَى الأَوَّلِ وَالْجِنَايَةُ فِي رَقَبَتِهِ عَلَى الثَّانِي

أي: ثم أعتق قبل الإصابة لزم الضمان على قول ابن القاسم الدية؛ لأنه حالَ الضرب كان حرًّا، وعليه القيمة على قول أشهب؛ لأن الرمي حالَ كان عبداً.

وَعَكْسُهُ الدِّيَةُ عَلَى الأَوَّلِ وَالْقِيمَةُ عَلَى الثَّانِي

عكس هذا الفرع لو رمى حر عبداً ثم أعتق العبد؛ فعلى الرامي الدية على قول ابن القاسم، لأنه حال الإصابة كان حراً، وعليه القيمة على قول أشهب؛ لأن الرامي كان عبداً، ولا فرق في هذه المسألة بين أن يكون رمى العبد خطأً أو عمداً.

وَلَوْ رَمَى مُسْلِمٌ مُرْتَدًّا أَوْ حَرْبِيًّا ثُمَّ أَسْلَمَ؛ فَدِيَةُ مُسْلِمٍ عَلَى الأَوَّلِ وَلا شَيْءَ عَلَى الثَّانِي...

لأن الرمية خرجت حالَ كون الرمي مهدور الدم، ووصلت إليه حال كونه معصوم الدم وتصوره ظاهر، وهو صحيح بالنسبة إلى الحربي، وأما بالنسبة إلى المرتد، فإنما يصح على قول سحنون في المرتد أنه لا شيء على عاقلته، وأما على قول أشهب فلا، كأنه يرى على قاتل المرتد الدية، واختلف على قوله هل دية مجوسي أو دية الدين الذي ارتد إليه.

وَلَوْ رَمَى مُرْتَدٌّ مُسْلِماً خَطَأً ثُمَّ أَسْلَمَ؛ فَالدِّيَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ عَلَى الأَوَّلِ، وَفِي مَالِهِ عَلَى الثَّانِي؛ إِذْ لا عَاقِلَةَ لِمُرْتَدٍّ...

هذا عكس الذي قبله. وقيل بقوله: (**خَطَأً**) لأنه لو كان عمداً لقتل على القولين، فالدية على العاقلة؛ لأن القاتل كان حال الرمي مسلماً، وكلامه ظاهر التصور.

وَكَذَلِكَ لَوْ جَرَحَ مُسْلِمٌ نَصْرَانِيًّا أَوْ مَجُوسِيًّا، ثُمَّ أَسْلَمَ أَوْ تَمَجَّسَ أَوْ تَنَصَّرَ ثُمَّ مَاتَ؛ فَدِيَةُ مَا انْتَقَلَ إِلَيْهِ مِنْ إِسْلامٍ أَوْ غَيْرِهِ عَلَى الأَوَّلِ [٧٠٠/أ] وَدِيَةُ مَا كَانَ عَلَيْهِ عَلَى الثَّانِي...

(**ثُمَّ أَسْلَمَ**) أي: أحدهما، وهذا لأن العطف باقٍ، ووقع في بعض النسخ: (**أَسْلَمَا**)، وأما (**تَمَجَّسَ أَوْ تَنَصَّرَ**) فلا يصح إلا بالإفراد؛ أي: تمجس النصراني أو تنصر المجوسي، ولا يصح تمجسهما؛ لأن معناه حينئذٍ: تمجس النصراني والمجوسي، وهو في المجوسي تحصيل الحاصل.

وَلَوْ قُطِعَتْ يَدُ الْحُرِّ الْمُسْلِمِ ثُمَّ ارْتَدَّ ثُمَّ مَاتَ فَالْقِصَاصُ فِي الْقَطْعِ، وَلا قَوَدَ بِاتِّفَاقٍ فِيهِمَا...

أي: لو قطع رجل يد رجل مسلم ثم ارتد المقطوعة يده ونزا في جرحه حتى مات وجب القصاص حين القطع؛ لحصول التكافؤ، فلا قصاص في النفس، كأنه صار إلى محل دمه فيه هدر.

وقوله: (**فِيهِمَا**) يعود على القولين، ويحتمل أن يعود على القطع وعدم القود؛ لأن القولين يتفقان في الأمرين، وهذا موافق لقوله: (**فَأَمَّا الْقِصَاصُ فَبِالْحَالَيْنِ مَعاً**).

فأَمَّا مَا دُونَ النَّفْسِ فَإِبَانَةُ طَرَفٍ، وَكَسْرٌ، وَجُرْحٌ، وَمَنْفَعَةٌ

لما فرغ من الكلام على النفس شرع فيما دونها، وجعل ما دون النفس أربعة أقسام؛ لأن أثر الضرب إما في الذات، أو في المعنى القائم بها. الثاني: المنفعة، والأولى إما أن يقع بسبب ذلك الضرب انفصال بعض الأجزاء عن بعض أو لا، **والأول**: إبانة الطرف، **والثاني**: إما أن يكون الضرب هيئة لذلك الانفصال أو لا، والأول هو الكسر والثاني هو الجرح، فإن قيل: في كلامه هنا مع كلامه في أول الجراح تنافي؛ لأنه جعل الطرف بعض المقابل للنفس، وجعله في أول الجراح كل المقابل، ويمتنع أن يكون الشيء كلاً وبعضاً، قيل: تمام المقابل للنفس أولاً هو الطرف، فهو أعم من أن تحصل فيه إبانة أو كسر أو جرح أو زوال منفعة، وبعض المقابل للنفس هو إبانة الطرف وهو أخص، فلا تنافي، و(**كَسْرٌ، وَجُرْحٌ**) وما بعده مرفوع بالعطف على إبانة.

وَالأَمْرُ فِي الْفِعْلِ وَالْفَاعِلِ وَالْمَفْعُولِ كَالْقَتْلِ

يعني: أن ما تقدم في أركان القصاص في النفس مشروط هنا فيما دونها.

إِلا أَنَّ مَنْ يُقْتَصُّ لَهُ فِي الْقَتْلِ مِنَ النَّاقِصِ لِشَرَفِهِ لا يُقْتَصُّ لَهُ مِنْهُ فِي الأَطْرَافِ عَلَى الْمَشْهُورِ. كَمَا لَوْ قَطَعَ الْعَبْدُ أَوِ الْكَافِرُ الْمُسْلِمَ. وَرُوِيَ: الْمُسْلِمُ مُخَيَّرٌ. وَرُوِيَ: يَجْتَهِدُ السُّلْطَانُ. وَرُوِيَ: تَوَقَّفَ فِيهِ. وَقِيلَ: الصَّحِيحُ وُجُوبُ الْقَوَدِ...

ما شهره المصنف، قال الأستاذ: هو ظاهر المذهب. وقال ابن نافع ومحمد بن عبد الحكم: المسلم بالخيار إن شاء اقتص أو أخذ الدية، وجعله المصنف رواية، ولعله اعتمد على قول الأستاذ، وجعل أصحابنا هذه رواية مخرجة في العبد والكافر، فقالوا: للمسلم أن يقتص منهما، وخرجوا هذه الرواية من قول مالك في النصراني يفقأ عين المسلم. وروى ابن عبد الحكم عن مالك أنه قال: يجتهد السلطان في ذلك. والرواية بالتوقف رواها أشهب في العتبية، وقيل: الصحيح وجوب القود، هكذا نقل الأستاذ عن الأصحاب، قال: وهو كما قالوا أو لتأيده بالعمومات، كقوله تعالى: ﴿ **وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ** ﴾ [المائدة:٤٥] وقوله عليه الصلاة والسلام: «**الْمُسْلِمُونَ تَتَكَافَأُ دِمَاؤُهُمْ**». ولأن في عدم القصاص من الكافر إغراء لهم على المسلمين، وتأول جماعة –وأراه ابن عبد الحكم– من اجتهاد السلطان على وجوب القود. وروى ابن القصار عن مالك القصاص. وقوله: (**وَرُوِيَ: الْمُسْلِمُ مُخَيَّرٌ**) قد تقدم أن الأصحاب خرجوا ذلك في العبد أيضاً.

وَتُقْطَعُ الأَيْدِي بِالْوَاحِدَةِ كَالنَّفْسِ

لعله إنما نص على هذه لئلا يتوهم أن المذهب كمذهب أبي حنيفة؛ حيث إنه قتل الجماعة بالواحد، ولا تقطع بالواحدة، وإلا فهي تؤخذ من قوله: (**وَالأَمْرُ فِي الْفِعْلِ وَالْفَاعِلِ وَالْمَفْعُولِ كَالْقَتْلِ**).

أَمَّا لَوْ تَمَيَّزَتِ الْجِنَايَتَانِ مِنْ غَيْرِ مُمَالأَةٍ اقْتُصَّ مِنْ كُلٍّ بِمِسَاحَةِ مَا جَرَحَ

احترز بقوله: (**مِنْ غَيْرِ مُمَالأَةٍ**) مما لو تمالئوا فإنهم يقطعون، وذكر أنه يقطع من كل الجنايتين بمساحة ما جنى؛ أي: لا ينظر إلى تفاوت الأيدي بالغلظ مثلاً، بل لو قطع أحدهما النصف والآخر النصف، لقطع من يد كلٍّ منهما النصف، وهذا ظاهر إذا كان ابتداء أحدهما من غير الجهة التي ابتدأ الأول، وقطع باقي اليد مثلاً، فإنه يبتدأ في القصاص من الجهة التي بدأ بها الجاني، فتأمله.

الْجِرَاحُ: وَفِي الْمُوضِحَةِ؛ وَهِيَ: مَا أَفْضَى إِلَى الْعَظْمِ مِنَ الرَّأْسِ وَالْجَبْهَةِ وَالْخَدَّيْنِ وَلَوْ بِقَدْرِ إِبْرَةٍ، وَفِيمَا قَبْلَهَا مِنَ الدَّامِيَةِ، وَالْحَارِصَةِ؛ وَهِيَ: الَّتِي تَشُقُّ الْجِلْدَ، وَالسِّمْحَاقِ؛ وَهِيَ: الْكَاشِطَةُ لِلْجِلْدِ، وَالْبَاضِعَةِ؛ وَهِيَ: الَّتِي تَبْضَعُ اللَّحْمَ؛ أَيْ: تَشُقُّهُ. وَالْمُتَلاحِمَةِ؛ وَهِيَ: الَّتِي تَغُوصُ فِي اللَّحْمِ كَثِيراً مِنْ غَيْرِ مَوْضِعٍ، وَالْمِلْطَاةِ؛ وَهِيَ: الَّتِي يَبْقَى بَيْنَهَا وَبَيْنَ الْعَظْمِ سِتْرٌ رَقِيقٌ - الْقِصَاصُ

(**الْقِصَاصُ**) مبتدأ مؤخر (**وَفِي الْمُوضِحَةِ**) وما عطف عليها الخبر، وليس القصاص ترجمة كما يقع في بعض النسخ، ومعنى كلامه: أنه يقتص من الموضحة وما قبلها من الجراح، والذي قبلها ستة؛ ثلاثة متعلقة بالجلد، وثلاثة متعلقة باللحم.

فأما المتعلقة بالجلد؛ فأولها **الدامية**: وهي التي تسيل منها الدم، ثم **الحارصة**: وهي التي تشق الجلد، ثم **السمحاق**: وهي التي تكشط.

وأما الثلاثة المتعلقة باللحم؛ فأولها **الباضعة**: وهي التي تبضع اللحم؛ أي: تشقه، ثم [٧٠٠/ ب] **المتلاحمة**: وهي تغوص في اللحم في عدة مواضع، ثم **الملطاة**: وهي التي يبقى بينها وبين العظم ستر رقيق، ولم يفسر المصنف الدامية؛ لأن لفظها ينشد عن تفسيرها على أنه يمكن أن يكون مراد المصنف أن الدامية مرادفة للحارصة، وهكذا ذكر في التنبيهات،

فقال: أولها الحارصة بحاء وصاد مهملين: وهي التي جرحت الجلد؛ أي: قطعته، وهي الدامعة بعين مهملة؛ لأن الدم ينبع منها كالدمع، ثم ذكر قولاً كما فسرنا به كلام المصنف أولاً، ويرجح حمل كلام المصنف على الأول، بأنه كذلك في الجواهر، وذكر ابن عبد البر قولاً ثالثاً فقال: أولها الحارصة، ويقال لها الحرصة: وهي حرصت الجلد؛ أي: شقته، قال، وقيل: بل الدامية، وهي تدمي من غير أن يسيل منها دم، ثم الدامعة، وهي: التي يسيل منها، وقيل: الدامية والدامعة سواء، ويقال: مِلطاء بكسر الميم بالمد والقصر، وملطاة. وقيل: إن الباضعة والمتلاحمة مترادفتان. وقيل: الحارصة هي السمحاق، وفي هذه الألفاظ خلاف كثير من غير ما ذكرت تركته خوف الإطالة.

وَلا قِصَاصَ فِيمَا بَعْدَهَا مِنَ الْهَاشِمَةِ؛ وَهِيَ: الَّتِي تَهْشِمُ الْعَظْمَ، وَالْمُنَقِّلَةِ؛ وَهِيَ: مَا أَطَارَتْ فِرَاشَ الْعَظْمِ وَإِنْ صَغُرَ، وَالآمَّةِ؛ وَهِيَ: مَا أَفْضَى إِلَى الدِّمَاغِ وَلَوْ بِقَدْرِ إِبْرَةٍ، وَالدَّامِغَةِ؛ وَهِيَ: الَّتِي تَخْرِقُ خَرِيطَةَ الدِّمَاغِ، وَقَالَ أَشْهَبُ: فِي الْهَاشِمَةِ الْقِصَاصُ إِلا أَنْ تَصِيرَ مُنَقِّلَةً، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: لا بُدَّ أَنْ تَصِيرَ مُنَقِّلَةً

أي: بعد الموضحة، ويحتمل بعد الجراح السابقة، ويسقط على قول ابن القاسم ذكر الهاشمة؛ لأنها لابد أن تصير منقلة عنده، و(**الْمُنَقِّلَة**) بكسر القاف، وحكي فيها الفتح، (**فِرَاشَ**) بفتح الفاء وكسرها، ويقال: لأن (**مَا**) موصولة أيضاً، وفسر بعضهم الآمة بما فسر به المصنف الدامغة بالغين المعجمة.

ابن عبد السلام: والظاهر أنهما مترادفان أو كالمترادفين، وإذا قلنا بالقصاص في الهاشمة، فقال أشهب: يستقاد منه، فإن أدت إلى الهشم وإلا أخذ أرش الزائد.

محمد: وهو صواب إذا كان بذي جرح الأول موضحة ثم تهشمت، فأما إذا كانت الضربة هي التي هشمته فلا قود فيها.

اللخمي: يريد إذا رضت اللحم وهشمت ما تحتها من العظم، فأما لو كان ذلك بسيف أو سكين، فشقت اللحم فبلغت العظم ثم هشمته، فإن له أن يقتصَّ من موضحه. انتهى.

وما ذكره المصنف من نفي القصاص في المنقِّلة هو لمالك، وبه أخذ ابن القاسم وأشهب، وهو مروي عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه، وذكر عبد الوهاب رواية ثانية بثبوت القصاص فيهما، وأقاد عبد الله بن الزبير رضي الله عنه من المنقِّلة، وروي أنه أقاد من المأمومة، وروي من حديث العباس بن عبد المطلب رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم قال: «**لاَ قَوَدَ فِي الْمَأْمُومَةِ وَلاَ فِي الْجَائِفَةِ وَلاَ فِي الْمُنَقِّلَةِ**». لكنهم ضعفوه.

وَفِي جِرَاحِ الْجَسَدِ مِنَ الْهَاشِمَةِ وَغَيْرِهَا وَالظُّفُرِ وَنَحْوِهِ الْقَوَدُ بِشَرْطِ أَنْ لا يَعْظُمَ الْخَطَرُ كَعِظَامِ الصَّدْرِ وَالْعُنُقِ وَالصُّلْبِ وَالْفَخِذِ، وَكَذَلِكَ الْقَطْعُ إِنْ كَانَ مَخُوفاً بِخِلافِ الْعَضُدِ وَالتَّرْقُوَةِ...

يريد: أن ما تقدم من عدم القصاص في الهاشمة والمنقِّلة والجائفة إنما هو إذا كان في الرأس العظيم الخطر، وأما هاشمة الجسد وغيرها فذلك غير مخوف فيقاد منه، ونقل في النوادر عن ابن القاسم وأشهب القصاص في منقلة الجسد، ونص المصنف على الظفر؛ لأن فيه خلافاً، ففي النوادر: واختلف قول مالك في الظفر، فقال: إن كان يستطاع القصاص اقتص منه، وروى ابن وهب في المجموعة أن فيه الاجتهاد، و(**الْقَوَدُ**) مبتدأ خبره (**فِي الْجِرَاحِ**) ثم بين أن القصاص مشروط بألا يعظم الخطر؛ أي: لا يكون متلفاً، لأنه إذا اقتص في المتلف يؤدي إلى أخذ النفس فيما دونها وهذا هو المشهور، وقال ابن عبد الحكم: يقتص من كل جرح وإن كان متلفاً، إلا ما خصه الحديث عنه من المأمومة والجائفة، وبقي على المصنف شرط آخر وهو أن تتحقق فيه المماثلة، فإن كان لا تتأتى فيه المماثلة، فلا قصاص فيه اتفاقاً، كبياض العين، وإن تأتت فيه المماثلة والغالب نفيها ككسر

العظام؛ فحكى عبد الوهاب فيه روايتين، و(**الْخَطَرُ**) بفتح الخاء المعجمة والطاء، الجوهري: وهو الإشراف على الهلاك.

قوله:(**كَعِظَامِ الصَّدْرِ**) مثال لما يعظم فيه الخطر. وكذلك القطع لا قصاص فيه بخلاف العضد والترقوة ففيه القصاص.

ابن عبد السلام: قال غير واحد، ولابد من جراح العمد من تأديب القاضي للجارح، اقتص منه أو لم يقتص.

عياض: والترقوة بفتح التاء وضم القاف، وهو عظم أعلى الصدر المتصل بالعنق.

وَإِذَا بَرِئَ الْعَظْمُ الْخَطِرُ عَلَى غَيْرِ عَثَمٍ فَكَالْخَطَأِ فَلا شَيْءَ فِيهِ سِوَى الأَدَبِ فِي الْعَمْدِ، بِخِلافِ الْعَمْدِ فِي غَيْرِهِ، فَإِنَّهُ يُقَادُ مِنْهُ وَإِنْ بَرِئَ عَلَى غَيْرِ عَثَمٍ...

العثم بالعين المهملة والثاء المثلثة المفتوحة العين، هكذا رأيت مضبوطاً بفتح الثاء في نسخة صحيحة من الصحاح، وقال عياض: العثم والعثل بالميم واللام والعين المهملة المفتوحة والثاء المثلثة مفتوحة مع [١٠٧/أ] اللام ساكنة مع الميم كلاهما بمعنى؛ وهو الأثر والشَّين؛ يعني: أن ما لا قصاص فيه لخطره لو برئ على غير عثم فلا شيء، أما القصاص فلما تقدم أنها مخوفة، وأما العوض فلأن الشرع لم يسمِّ فيه شيئاً، وكل ما لا تسمية فيه فإنما هو بحسب الشَّين، والفرض أنه لا شَين، نعم يؤدِّب القاضي المتعمد لتعديه.

وقوله: (**بِخِلافِ الْعَمْدِ فِي غَيْرِهِ**) أي: غير الخطر، وهو ظاهر.

وَيُقْتَصُّ فِي الْيَدِ، وَالرِّجْلِ، وَالْعَيْنِ، وَالأَنْفِ، وَالأُذُنِ، وَالسِّنِّ، وَالذَّكَرِ، وَالأَجْفَانِ، وَالشَّفَتَيْنِ...

لقوله: ﴿ وَٱلْعَيْنَ بِٱلْعَيْنِ ﴾ إلى قوله: ﴿ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾ [المائدة:٤٥] وجمع الأجفان وثنَّى الشفتين وأفرد ما قبلهما؛ لأن اليد وما بعدها متقاربة في المنفعة، لأنه اتفق

على تساوي اليدين وما بعدهما في الدية، وليوافق في العين وما بعد نص الآية، وثنَّى الشفتين ليبين تساويهما؛ لأن ابن المسيب يعضد السفلى كما سيأتي، وجمع الأجفان لتعددهما وليبين تساويهما، فقد روي عن الشعبي في أحد قوليه أن في الأسفل ضعف ما في الأعلى، وعكس مكحول.

وَفِي اللِّسَانِ رِوَايَتَانِ، وَفِيهَا: إِنْ كَانَ مُتْلِفاً لَمْ يُقَدْ مِنْهُ

الروايتان مبنيتان على خلاف في تحقيق: هل القصاص منه خطر أو لا، وما ذكره عن المدونة: الظاهر أنه غير متلف فيه.

ابن عبد السلام: وظاهر المدونة خلاف ما حكاه المؤلف عنها، ففيها: وسمعت أهل الأندلس سألوا مالكاً عن اللسان إذا قطع وزعموا أنه ينبت، فرأيت مالكاً يصغي إلى أنه لا يعجل حتى ينظر إلى ما يصير إذا كان القطع منعه الكلام، قلت: في الدية أو القود؟ قال: في الدية، وهذا الترديد إنما هو في مسألة أخرى، هل ينتظر بالدية إلى البرء أم لا، وكذلك بالقود عند بعض الشيوخ، لا في أنه متلف. انتهى. وفيه نظر؛ لأن فيها قبل هذا: وفي اللسان القود إذا كان يستطاع منه القود ولم يكن متلفاً مثل الفخذ والمنقلة والمأمومة وشبه ذلك، وإن كان متلفاً لم يُقَد منه.

وَفِيهَا: فِي رَضِّ الأُنْثَيَيْنِ أَخَافُ أَنْ يَكُونَ مُتْلِفاً، وَمَا أَدْرِي مَا قَوْلُ مَالِكٍ فِيهِ

هكذا وقع في بعض النسخ، وفي بعضها: (**فِيهَا: فِي رَضِّ الأُنْثَيَيْنِ**) وهي أحسن؛ لأنها كذلك في التهذيب، لأنه نص في المدونة على وجوب القصاص في إخراجهما.

وَفِي كُلِّ بَيْضَةٍ نِصْفُ الدِّيَةِ بِغَيْرِ تَفْصِيلٍ

هذه المسألة والتي بعدها لا تناسب ما تكلم فيه المصنف؛ لأنه إنما تكلم فيما يقتص منه، وإنما يناسب الكلام على الديات، ونبه بقوله: (**بِغَيْرِ تَفْصِيلٍ**) على قول ابن المسيب

في اليسرى نصف الدية، وفي اليمنى الثلث، قيل له: لِمَهْ ؟ قال: لأن اليسرى إذا ذهبت لم يولد له وإذا ذهبت اليمنى ولد له، وعلى ما حكاه ابن حبيب أن في اليسرى الدية كاملة، وهو أشهر عند المذهب من قول ابن المسيب حتى أن بعضهم نسبه لابن حبيب، والصحيح أنه نقله ولم يسم قائله، وأبعد من قال أن المصنف أشار بعدم التفصيل إلى أنه لا فرق بين أن يتقدم قطعها عن الذكر أو يتأخر عنه، وسيتكلم على ذلك في فصل الديات.

وَالشَّفَتَانِ كَذَلِكَ. وَقَالَ ابْنُ الْمُسَيِّبِ: فِي السُّفْلَى ثُلُثُ الدِّيَةِ

علل ابن المسيب ذلك: بأن السفلى أحمل للطعام، ورد عليه في المجموعة بأن العليا أشد، كما لو قيد ابن شعبان في الشفة التي يجب بذهابها الدية كل ما زال جلد الذقن والخدين من أعلى أو أسفل مستدير بالفم، وهو كل مرتفع من اللثات.

الباجي: وما كان في الجانبين فذلك الشدقان، فإن اتسعت الشفة ولم تظهر هناك مباينة أحد الجانبين للآخر ففيها حكومة، وإن ظهرت فيجب من ديتها بقدر ما ظهر؛ لأنه في معنى النقص، فإن نقص مع ذلك شيء من الكلام أعطي على أكثر الأمرين ما نقص من الشفتين من الكلام، قاله في المجموعة، وقال: هذا الأصل يجب له ما نقص من كل واحد منهما.

وَإِذَا قَطَعَ مِنْ لَحْمِهِ بَضْعَةً فَفِيهَا الْقِصَاصُ

وفي نسخة: **(قَطَعَهُ)** ومعناهما واحد. وقوله: **(فَفِيهَا)** البضعة، ويحتمل في المدونة بعدم موجب نسبة هذه المسألة للمدونة، وبضعة اللحم بفتح الباء لا غير، وأما في العدد، فيقال: بضع وبضعة بفتح الباء وكسرها فيهما.

وَفِي ضَرْبَةِ السَّوْطِ الْقَوَدُ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَلا قِصَاصَ فِي اللَّطْمَةِ

المشهور مذهب المدونة، والشاذ أيضاً فيها؛ لأنه لا قود فيها كاللطمة، والفرق على المشهور بين اللطمة وضربة السوط.

عيسى: إلا أن يقال الأصل أنه لا قصاص إلا في الجراح؛ لقوله تعالى: ﴿ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾ [المائدة:٤٥] واللطمة لا جرح فيها، والخلاف في السوط مبني على أنه يستلزم الجرح غالباً أو لا يستلزمه.

ابن عبد السلام: والمشهور أن الضرب بالعصا لا قود فيه.

وَأَمَّا الْمَعَانِي كَالسَّمْعِ وَالْبَصَرِ؛ فَإِنْ كَانَ ذَهَابُهُ بِسِرَايَةِ مَا فِيهِ الْقِصَاصُ كَمُوضِحَةٍ اقْتُصَّ لَهُ فِيهَا. فَإِنْ ذَهَبَ اسْتَوْفَى وَإِلا فَعَلَيْهِ دِيَةُ مَا لَمْ يَذْهَبْ...

لما فرغ من الضرب والكسر والجرح تكلم على المعنى ومثله بالسمع والبصر، وأدخل كاف التشبيه ليدل على عدم الحصر، ليدخل فيه الذوق والشم وغيرهما. وقوله: (**ذَهَابُهُ**) عائد على المعنى؛ أي: فإن كان ذلك المعنى بسبب جرح فيه القصاص سرى [١٠٧/ ب] إلى تلف ذلك المعنى، كما أوضحه موضحة عمداً ذهب منها بصره، ويقتص من الجاني بمثلها، فإن ذهب بصره فقد حصل المطلوب، وإن لم يذهب وجبت دية البصر للمجني عليه.

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: فِي مَالِهِ. وَقَالَ أَشْهَبُ: عَلَى عَاقِلَتِهِ

أي: دية ما لم يذهب في ماله، وهو مذهب المدونة، وروى أشهب أنه من العمد الذي يتعدد القصاص بما شبه الجائفة.

وَكَذَلِكَ السِّرَايَةُ إِلَى يَدٍ أَوْ رِجْلٍ أَوْ غَيْرِهِمَا. وَلا قِصَاصَ فِي أَشْفَارِ الْعَيْنَيْنِ وَالْحَاجِبَيْنِ وَاللِّحْيَةِ وَهُوَ كَالْخَطَإِ إِلا الأَدَبَ...

أي: مثل السراية إلى المعنى السراية إلى الضرب، كما لو جرحه في كتفه فشلت يده، وهو ظاهر في أشفار العينين والحاجبين واللحية، وهو كالخطأ وعمد الأدب؛ لأن هذه ليست جراحاً وإنما ورد القصاص في الجراح.

خليل: والمراد إذا زال الشعر لا لحم الحاجب، ومعنى كلامه: أنه إذا لم ينبت الشعر ففيه حكومة ولا قصاص في عمد الأدب والخطأ، نعم يؤدب في العمد وهذا هو المشهور. وقال أشهب وأصبغ: في ذلك القصاص، وفي إزالة شعر الرأس.

وعن المغيرة في الرجل ينتف لحية الرجل أو رأسه أو شاربه أو بعض ذلك منه عمداً؛ فلا قود فيه وفيه الأدب بالاجتهاد، لاختلاف عظم الخطر فيها، ولو نتف جميع اللحية والشارب فاقدته منه لكان ذلك أقرب إلى الصواب، أن تكون لحية بلحية وشارب بشارب، وأما إن نتف بعض ذلك فليس إلا الأدب. قال في النوادر: وأعرب أصبغ فيما أحسب أن القصاص فيه بالوزن، وعاب ذلك غيره لاختلاف اللحية للصغر والكبر. وقال الباجي: لو قيل يقتص من الرأس، وباللحية من اللحية لكان صواباً.

وَفِيهَا: إِذَا ذَهَبَ الْبَصَرُ بِضَرْبَةٍ وَالْعَيْنُ قَائِمَةٌ؛ إِنْ كَانَ يُسْتَطَاعُ الْقَوَدُ مِنَ الْبَيَاضِ وَالْعَيْنُ قَائِمَةٌ أُقِيدَ، وَإِلا فَالْعَقْلُ...

نسبها للمدونة لإشكالها؛ لأن القياس أن يضرب كما ضرب، وإن آل إلى الحساب عينه، وذكر أبو عمران أنه يقاد من العين التي ذهب بصرها بجناية وهي قائمة، قال: وأرفع ما في ذلك أن عثمان -رضي الله عنه- أتي برجل لطم عين رجل فذهب بصره وعينه قائمة، فأراد عثمان بقيده فأعيى ذلك عليه وعلى الناس حتى أتى علِيّاً رضي الله عنه، فأمر بالمصيب فجعل على عينه كرسف، ثم استقبل به عين الشمس وأدنيت من عينه مرآة فالتمع بصره وعينه قائمة، وروي: أن علِيّاً رضي الله عنه، أمر بمرآة فأحميت ثم أدنيت قطعت عينه وبقيت قائمة مفتوحة.

وَلَوْ شَلَّتْ يَدُهُ بِضَرْبِهِ ضُرِبَ مِثْلَهَا، فَإِنْ شَلَّتْ وَإِلا فَالْعَقْلُ فِي مَالِهِ

تصوره ظاهر، وأطلق المصنف بقوله: (**ضُرِبَ مِثْلَهَا**) تبعاً للمدونة، وقيده أشهب، فقال: هذا إذا كانت الضربة بجرح فيه القود، وإن ضربه على رأسه بعصا فشلت يده؛ فلا قود فيه وعليه دية اليد.

وَتُشْتَرَطُ الْمُمَاثَلَةُ فِي الْمَحَلِّ وَالْقَدْرِ وَالصِّفَةِ، وَلا تُقْطَعُ الْيُمْنَى بِالْيُسْرَى، وَلا بِالْعَكْسِ، وَالْيَدُ وَالرِّجْلُ وَالْعَيْنُ سَوَاءٌ، وَلا السَّبَّابَةُ بِالْوُسْطَى، وَلا الثَّنِيَّةُ بِالرَّبَاعِيَةِ، وَلا الْعُلْيَا بِالسُّفْلَى، وَتَتَعَيَّنُ عِنْدَ عَدَمِهِ الدِّيَةُ...

يعني: أنه لا بد من المماثلة في أمور ثلاثة؛ وهي: المحل، والقدر، والصفة؛ لقوله تعالى: ﴿ فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ ﴾ [البقرة:١٩٤].

قوله: (**وَلا تُقْطَعُ الْيُمْنَى بِالْيُسْرَى**) راجع إلى اتحاد المحل، ثم بين أنه لا فرق في ذلك بين اليد والعين من الرجل؛ لينبه على قول الحسن بن حي: أنه تؤخذ العين اليسرى باليمنى لا العكس. والرباعية بفتح الراء مخفف الياء، الجوهري: كالثمانية، وهي بين الثنية والنياب. وقوله: (**وَتَتَعَيَّنُ عِنْدَ عَدَمِهِ**) أي: محل الجناية، ويحتمل أن يعود على المماثل المفهوم من المماثلة، وإذا تعذر القصاص وجب المصير إلى الدية، كما إذا عدم المثل في المثليات، فإن القيمة تتعين، والدية هنا في مال الجاني اتفاقاً؛ لأن الجناية عمداً.

فَإِنْ قُطِعَتْ بعد جِنَايَتِهِ بِسَمَاوِيٍّ أَوْ سَرِقَةٍ أَوْ قِصَاصٍ لِغَيْرِهِ؛ فَلا شَيْءَ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ...

يعني: إذا قطع رجل يمنى آخر ثم قطعت يد الجاني بأحد الوجوه التي ذكر؛ فقد سقط حق المجني عليه، لأن حقه إنما كان في القصاص، وإذا تعذر لتعذر محله بطل حقه، وهذا بين على المشهور أنه لا حق للمجني عليه إلا في القصاص، وأما على قول أشهب أن الواجب التخيير في ذلك أو الدية بحث، وفي بعض النسخ، بغير جناية المجني عليه إذا قطعها فقد استوفى، وفي بعض النسخ: (**بِغَيْرِ جِنَايَةِ أَجْنَبِيٍّ**)، واحترز بذلك بقطعها من جناية أجنبي، فإن للمجني عليه أولاً أن يقتص من الجاني ثانياً على المشهور كما تقدم.

وَكَذَلِكَ لَوْ قَطَعَ جَمَاعَةً فَلَيْسَ لَهُمْ إِلا قَطْعُهُ لَهُمْ أَوْ لأَحَدِهِمْ، كَمَا لَوْ قَتَلَ جَمَاعَةً فَلَيْسَ لَهُمْ إِلا قَتْلُهُ وَنَحْوُ ذَلِكَ. فَلَو قَتَلَ رَجُلَيْنِ فَصَالَحَهُ أَوْلِيَاءُ أَحَدِهِمَا عَلَى مالٍ فَلأَوْلِيَاءِ الآخَرِ قَتْلُهُ...

يعني: ومثل ما تقدم في أن الجاني لا شيء عليه بعد القطع لو قطع جماعة وقاموا فإنه يقطع لهم، وكذلك إذا قام أحدهم ولو كان آخرهم جناية فقطع له؛ فلا شيء للباقي. [٧٠٢/ أ] وشبه المصنف ذلك بالقتل. وقوله: (**لأَحَدِهِمْ**) فيه تكرار مع قوله: (القصاص لغيره) إنما يتمشى على القول بأنه ليس لهم إلا القصاص، وأما على قول من يرى لهم الخيار في ذلك في الدية، فقال **ابن عبد السلام**: إذا تعمد القاضي قتله لأحدهم فقد منع الباقين من أخذ الدية، وفي تضمينه حينئذ ما منعهم منه نظر، ولاسيما من مذهبه التخيير فتأمله.

وَفِي اعْتِبَارِ الْقَدْرِ بِالْمِسَاحَةِ أَوْ بِالنِّسْبَةِ إِلَى قَدْرِ الرَّأسَيْنِ قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ، وَعَلَيْهِمَا لَوْ كَانَتِ الشَّجَّةُ نِصْفَ رَأْسِ الْمَشْجُوجِ وَهِيَ قَدْرُ رَأْسِ الشَّاجِّ، ولا تَكْمُلُ بِغَيْرِ الرَّأْسِ اتِّفَاقاً...

لما ذكر أنه لابد من المماثلة في القدر أخذ يبينه وذكر أن ابن القاسم يعتبره بالمساحة، وهذا مذهب المدونة، فيقتص في طول الجرح وقصره، وصوبه ابن رشد، لقوله تعالى: ﴿ وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾ [المائدة:٤٥] وذكر أن أشهب اعتبر القدر بالمساحة؛ يعني: النسبة، فيجرح ربع الرأس بالربع والثلث بالثلث كذلك، ورجع إليه ابن القاسم في الموازية.

ابن المواز: وبه أقول. وذكر ابن المواز أن ابن القاسم خالف في قوله الأول أصحابه والعلماء قبله، وبقية كلام المصنف ظاهر، وإنما لم يكمل بغير الرأس اتفاقاً؛ لأنه تعتبر المماثلة بالمحل، وقال مالك فيمن قطع بعض أصبع وأصبعه أطول؛ فلا يقطع بقدره، ولكن إن كان قدر ثلث أصبع قطع من أصبع الآخر مثله، وكذلك في القصاص في

الأنملة، قال أبو عمران: يحتمل أن يكون ابن القاسم مثل في هذه الرواية أشهب، ويرى فيه كما يرى في الجرح أنه يقاس، ولم يوجد عنه نص فيهما.

وَلَوْ زَادَ الطَّبِيبُ الْمُقْتَصُّ عَلَى مَا اسْتُحِقَّ فَكَالْخَطَإِ

فإن كان أنقص من الثلث ففي ماله، وإلا فعلى العاقلة، أما لو زاد عمداً اقتص منه، **فإن قيل**: فإذا قصت زيادة الطبيب، يلزم منه أن يكون المصنف شبه الشيء بنفسه، **قيل**: شبه الخطأ المستند إلى عمد ما دون فيه بالخطأ المحض، فلا يلزم ما ذكرت، وما ذكرناه من الاقتصاص من الطبيب المتعمد نص عليه الشيوخ، إلا أنه لا يمكن في غالب الحال؛ لأن زيادته إنما تكون بعدما أذن فيه، فإذا طلب القصاص من الطبيب لم يوصل إليها منه إلا بعد تقدم جرح، وقد لا يكون جرح أحداً فضلا عن الأدب، فيتعذر القصاص، غير أنه إن برئت الزيادة على غير عثم وجب أدبه فقط، وإلا وجب الأدب مع الحكومة في ماله، وهذا خطأه بزيادة، وأما خطأه بالنقصان ففي المجموعة عن ابن القاسم: لا يرجع فيقتص له من حقه؛ لأنه قد اجتهد له، وكذلك الأصبع يخطئ فيها بأنملة، ولا يقاد مرتين، وعنه في الموازية والعتبية: إن علم بمضرة ذلك قبل أن يبرأ وينبت اللحم أتم ذلك عليه وإلا فات، ولا شيء له في تمام ذلك ولا دية. وقال أصبغ: إن قص يسيراً فلا يعاود، وإن كان في موضعه قبل البرء وبعده، وإن كان كثيرا فإن كان يصوره اقتص له تمام حقه، وإن كان برئ وأخذ الدواء فلا يرجع إليه برئ أو لم يبرأ، ويكون في الباقي العقل، كان هو ولي القصاص أو من جعله إليه السلطان.

وَلا تُقْطَعُ الصَّحِيحَةُ بِالشَّلاءِ الْعَدِيمَةِ الْمَنْفَعَةِ اتِّفَاقاً وَإِنْ رَضِيَا، وَكَذَلِكَ الْعَكْسُ. وَقِيلَ: يُخَيَّرُ الْمُسْتَحِقُ...

لأن الصحيحة ليست كالشلاء، فلذلك لا تقطع الصحيحة بها، ولو رضي الجاني بأن يسلم يده الصحيحة لم يكن له ذلك، وهو بمنزلة من أسلم يده لرجل ليقطعها من

غير موجب، وكذلك لا يجوز، وفي بعض النسخ: رضيا، فيعود على الجاني والمجني عليه، وما ذكره المصنف من تقييده الشلاء بالعديمة النفع. **ابن عبد السلام**: نحوه لأشهب، وحملوا قوله على الوفاق. انتهى.

والذي في النوادر عن ابن القاسم وأشهب في أشل اليد والأصبع يقطعها أنه لا قصاص فيها، وكذلك إن شل بعضها؛ إذ لا يقدر أن يقاد له بقدر ما بقي، ولكن له من الدية بقدر ما بقي بالاجتهاد، قيل: وقول ابن عبد السلام أنهم حملوا قول أشهب على الوفاق وهْمٌ، فإن هذا إنما ذكره أشهب في العكس، وهو قطع الشلاء بالصحيحة؛ لأن الشلاء كالعدم، وهي كنوع آخر. وقيل: يخير المستحق في القصاص وتركه وأخذ الدية، وهذا رواه يحيى في العتبية. قال في البيان: والأول مذهب المدونة، ولأشهب ثالث: أنه ليس له أن يقتص إن كان جل منفعتها قد ذهب.

وَفِيهَا: وَلَوْ قَطَعَ أَقْطَعُ الْكَفِّ الْيُمْنَى يَمِينَ رَجُلٍ مِنَ الْمِرْفَقِ؛ خُيِّرَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ فِي الْقِصَاصِ وَالدِّيَةِ، وَلَوْ كَانَ الْجَانِي أَشَلَّ تَعَيَّنَ الْعَقْلُ...

لعله نسبها للمدونة إشارة إلى معارضة هذه المسألة التي قبلها؛ لأن يد الجاني ناقصة في الصورتين، ولهذا قال: ولو كان الجاني لا يقتص منه، وأما قطع الكف ببقية ساعده بعض حق المقطوعة يده، فله أخذه.

وَأَمَّا مَا فِيهِ نَفْعٌ فَكَالصَّحِيحَةِ مِنْ غَيْرِ أَرْشٍ، وَقَالَ أَشْهَبُ: إِنْ كَانَ الأَكْثَرُ بَاقِياً

هذا مقابل قوله أولاً: العديمة النفع. وحاصله: أنه في المشهور اعتبر مطلق النفع واعتبره أشهب بقيد الأكثر، وتأمل هذا مع قوله في البيان: لا خلاف إذا كان جل منفعتها [٧٠٢/ ب] قائمة أن المجروح بالخيار بين أن يستفيد منها بنقصانها وبين أن يأخذ عقلها، وعلى هذا فاليد الذي فيه نفع على قسمين؛ إذا كان الجل قد ذهب فهو محل خلاف، وإن

كان الجل باقياً فهو محل اتفاق، هذا فيما إذا كانت اليد هي الجانية، وأما إن كان المجني عليها؛ فلا قصاص من الصحيحة.

وَالذَّكَرُ الْمَقْطُوعُ الْحَشَفَةِ كَالأَقْطَعِ الْكَفِّ

يعني: إذا قطع صاحب ذكر مقطوع الحشفة ذكر سالمها؛ خير المجني عليه بين القصاص من الذكر المقطوع الحشفة وبين أخذ دية ذكره الصحيح، كما تقدم إذا قطع أقطع الكف يد شخص صحيحة من المرفق.

وَعَيْنُ الأَعْمَى وَلِسَانُ الأَبْكَمِ كَالْيَدِ الشَّلاءِ عَلَى الْمَشْهُورِ فَحُكُومَةٌ، وَإِنْ كَانَ اقْتَصَّ لَهُمَا أَوْ أَخَذَ الْعَقْلَ...

في بعض النسخ: على المشهور، وسقط ذلك من بعضها، وهي الصواب، وفي ثبوتها قلق جدًّا؛ لأنك إما أن تحمل كلامه على أن صاحب اللسان الأبكم والأعمى جانيان أو مجنياً عليهما، فعلى أنهما جانيان يكون معنى كلامه: أن الأعمى والأبكم إذا جنيا على صحيح؛ فالمشهور لا يكون للصحيح عليهما إلا العقل، ومقابل المشهور أن الصحيح مخير في العقل والقصاص، والفرق على الشك بين ذلك واليد الشلاء، أن في عين الأعمى جمالا، وفي لسان الأبكم الإحساس والذوق، وعلى هذا الخلاف راجع إلى المشبه به، ويحتمل على هذا أن يرجع إلى المشبه والمشبه به ويكون كرره للخلاف في اليد الشلاء ليعين المشهور إذ لم يعينه أولاً، وقد نص في البيان على أن لعين الأعمى كاليد الشلاء إذا جنيا على الصحيح في دخول الخلاف، لكن يرد على هذا كله قوله: (**فَحُكُومَةٌ**) لا يبقى له وجه؛ لأن الحكومة إنما تجب في الجناية على الأعمى والأبكم والأشل في جنايتهما، وإن حملنا كلامه على أن الأعمى والأبكم مجني عليهما؛ فيكون في لسان الأبكم وعين الأعمى حكومة على المشهور، فيقتضي هذا أن الشاذ فيهما دية، ولا يعلم هذا في المذهب. قوله: (**وَإِنْ كَانَ اقْتَصَّ... إلخ**). هو مبالغة على المشهور، وهو ظاهر.

وَتُقْطَعُ الْيَدُ النَّاقِصَةُ أَصْبُعاً بِالْكَامِلَةِ، وَلا دِيَةَ لِلأَصْبُعِ عَلَى الْمَشْهُورِ، فَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْ أَصْبُعٍ خُيِّرَ بَيْنَ الْقِصَاصِ وَالْعَقْلِ تَامًّا، وَقَالَ أَشْهَبُ: يَتَعَيَّنُ الْعَقْلُ...

يعني: أن من كان له أصبع مقطوع من يد قطع يداً صحيحة، فإن المجني عليه يقتص من اليد الناقصة، واختلف بما يكون له عوض عن ذلك النقص، وهو لمالك أولاً وهو المشهور، وهو لمالك أيضا، ولابن القاسم ثالث في الموازية أن المجني عليه يخير إما أن يقتص بغير دية الأصبع، وإما أن يأخذ عقل يده، فلا قصاص.

قوله: (**فَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ**) أي: وإن كان النقص أكثر من أصبع كأصبعين أو ثلاثة؛ فمذهب المدونة أنه مخير بين أن يأخذ العقل تاما أو يقتص. وقال أشهب وعبد الملك: ليس له إلا العقل، وفي العتبية قول ثالث: أنه تقطع كف تلك ويكون عليه عقل الأصبعين، غير أن قول المصنف: (**فَإِنْ كَانَ النَّقْصُ أَكْثَرَ**) يدخل فيه أربع أصابع، والمنصوص أصبعان أو ثلاثة، لكن لفظه في البيان كلفظ المصنف.

ابن عبد السلام: والمستحسن عندي مذهب المدونة في الأصبعين ومذهب أشهب نفي القصاص مطلقاً، وإنما أربعة أخماس دية اليد، والأنملتان كالأصبع في الثلاثة.

فَإِنْ كَانَتِ النَّاقِصَةُ يَدَ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ؛ فَإِنْ كَانَ أَصْبُعاً فَثَلاثَةٌ لابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ وَالْمُغِيرَةِ، ثَالِثُهَا: إِنْ كَانَ غَيْرَ الإِبْهَامِ اقْتُصَّ مِنْهُ...

قد علمت أن القول الثالث يدل على الأولين، وأن الأول من الأقوال للأول من القائلين، فمذهب ابن القاسم القصاص، سواء كان الأصبع الناقص هو الإبهام أو غيره، وهو قوله في المدونة. ومذهب أشهب نفي القصاص مطلقاً، وإنما أربعة أخماس دية اليد، والأنملتان كالأصبع في الثلاثة، كأن الأقل يتبع الأكثر، واستحسن في الأنملة القصاص ابن المواز، واختلف قوله فيه، وتصور الثالث ظاهر، ونسبه المصنف للمغيرة، وإنما رأيته منسوباً لابن الماجشون.

وَإِنْ كَانَ أَصْبُعَيْنِ فَلا قِصَاصَ اتِّفَاقاً

يعني: وإن كان يد المجني عليه ناقصة الأصبعين لم يقتص له من الكاملة اتفاقاً، وإنما له ثلاثة أخماس دية اليد، وهكذا حكى ابن المواز اتفاق مالك وأصحابه على هذا.

وَلَوْ قُطِعَ مِنَ الْمِرْفَقِ لَمْ يَجُزْ مِنَ الْكُوعِ وَإِن رَضِيَا

لأن المماثلة في المحل شرط، وهو خلاف قوله: ﴿ **وَٱلْجُرُوحَ قِصَاصٌ** ﴾ [المائدة:٤٥] ولو جاز هذا لجاز أن يقطع غير القاطع مع الرضا.

وَتُؤْخَذُ الْعَيْنُ السَّلِيمَةُ بِالضَّعِيفَةِ خِلْقَةً أَوْ مِنْ كِبَرٍ

لأنه كما يقتص للضعيف بالضعيف من القوي، فكذلك يقتص للعين الضعيفة من السالمة، ولأنا لو شرطنا التساوي في العوضين أدى ذلك إلى عدم القصاص غالباً لعدم تحقيق مساواتهما.

فَإِنْ كَانَ مِنْ جُدَرِيٍّ أَوْ رَمْيَةٍ أو شِبْهِهَا فَلا قَوَدَ. وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ: إِن كَانَ فَاحِشاً. وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: إِن كَانَ يَنْظُرُ بِهَا ثُمَّ أُصِيبَ عَمْداً فَالْقِصَاصُ، وَإِنْ كَانَ أَخَذَ لَهَا عَقْلاً، بِخِلافِ الْخَطَأِ...

الجوهري في فصل الجيم مع الذال المعجمة: الجدري [٧٠٣/ أ] بضم الجيم وبفتح الدال وبفتحهما لغتان، يقال: منه جدر الرجل فهو مجدر، يعني: وإن كان الإبصار بطارئ على العين من جدري أو رمية أو قرحة أو غير ذلك؛ فلا قود فيها، وفيها: بحسب ما بقي. وقيد ابن الماجشون نفي القصاص بما إذا كان النقص فاحشاً، قال: وأما النقص اليسير فله النقصان. وفرق ابن القاسم في المدونة: بأن أصيبت عمداً فله القصاص ولو أخذ لها أولاً عقلاً، وإن أصيبت خطأً فليس له إلا بحساب ما بقي، ووقع في بعض النسخ قول ابن الماجشون مقدماً على قول ابن القاسم، والنسخة الأولى أظهر.

وَلَوْ فَقَأَ صَحِيحُ الْعَيْنَيْنِ عَيْنَ الأَعْوَرِ، فَقَالَ مَالِكٌ: إِنْ شَاءَ اقْتُصَّ أَوْ أَخَذَ دِيَتَهَا أَلْفَ دِينَارٍ مِنْ مَالِهِ، وَقَالَ بِهِ الْخُلَفَاءُ الأَرْبَعَةُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ...

تصوره ظاهر، واستشكل تخيير مالك هنا بين القصاص والدية مع أن مشهور مذهبه تحتم القصاص في العمد، وأجيب بأن الموجب للتخيير هو عدم المساواة؛ لأن عين المجني عليه ديتها ألف دينار بخلاف عين الجاني، فكان كمن كفه مقطوعة وقطع يد رجل من المرفق، ولم يرتض بعضهم هذا الجواب وجعل قولاً ثالثاً بالجراح بالتخيير من هنا، والأقرب هنا الفوات الأول، ولا حاجة إلى هذا الإلزام، فإنه قد نقل عن مالك قول بالتخيير صريح.

قوله: (**وَقَالَ بِهِ**) أي: تكون ديته ألف دينار من ماله، ولم يرد أنهم قالوا بالتخيير.

فَلَوْ فَقَأَ الأَعْوَرُ مِنْ ذِي عَيْنَيْنِ مِثْلَهَا لَهُ؛ فَإِنْ شَاءَ اقْتَصَّ أَوْ أَخَذَ أَلْفَ دِينَارٍ دِيَةَ مَا تَرَكَ وَإِلَيْهِ رَجَعَ. وَعَنْهُ: خَمْسُمِائَةِ دِينَارٍ. وَعَنْهُ: الْقِصَاصُ فَقَطْ...

هذه عكس التي قبلها، ومعناها: إذا فقأ الأعور لصاحب عينين مثل العين الباقية له، في المسألة لمالك ثلاثة أقوال؛ **الأول**: للمجني عليه أن يقتص من عين الأعور وله أن يأخذ دية عينه خمسمائة دينار. **الثاني** وإليه رجع مالك: أنه يخير الجاني بين القصاص وبين دية عين الأعور ألف دينار، وهذان القولان في المدونة. **والثالث** رواه أشهب في الموازية: ليس إلا القصاص، واستشكل أيضاً قول مالك بالتخيير هنا كما استشكلوه في المسألة السابقة، وأجيب أنا إنما خيرنا الصحيح هنا لأنه إن قصد القصاص فهو له؛ لأن الفرض أن للأعور مثل ما فقأ، وإن قصد الدية فقد دعا إلى الصواب، ورد بأنه يلزم منه إجبار القاتل على الدية؛ لأن أولياء المقتول دعوا أيضا إلى الصواب.

وَلَوْ فَقَأَ الَّتِي لا مِثْلُهَا لَهُ؛ فَنِصْفُ دِيَةٍ فَقَطْ فِي مَالِهِ

يعني: ولو فقأ الأعور الصحيح العين التي ليست له، فعليه نصف دية فقط، ولا خلاف في ذلك لتعذر القصاص فيه لانعدام محله، ولأن ديتها خمسمائة. وقوله: (**فِي مَالِهِ**) أي: في مال الأعور؛ لأنه جناية عمد، وإنما امتنع القصاص لعدمها في حقه.

وَلَوْ فَقَأَ عَيْنَيِ الصَّحِيحِ فَالْقِصَاصُ وَنِصْفُ الدِّيَةِ، وَقَالَ أَشْهَبُ: إِنْ فَقَأَهُمَا فِي فَوْرٍ وَاحِدٍ وبَدَأَ بِالْمَعْدُومَةِ، فَأَمَّا لَوْ بَدَأَ بِالَّتِي مِثْلُهَا لَهُ ثُمَّ ثَنَّى بِالأُخْرَى فَهُمَا كَالْمُتَقَدِّمَتَيْنِ...

أي: ولو فقأ الأعمى عيني الصحيح، فقال ابن القاسم في المدونة: يقتص للمجني عليه من عين الأعور، ويأخذ نصف الدية للعين الأخرى، وظاهر كلامه أنه لا فرق بين أن يكون فقأهما في دفعة واحدة أو بدأ بالتي ليست له، وأما لو بدأ بالتي مثلها له؛ فعليه القصاص وألف؛ لأنه لما فقأ التي له مثلها وجب القصاص، ثم صار أعور، فيلزم أن يجب في عينه ألف دينار، وفي بعض النسخ عوض قوله: فألف مع القصاص فهما كالمتقدمتين، وهي معناها؛ لأن معناها كالصورتين المتقدمتين، فتبدأته بالتي مثلها له تشبه فقأ الأعور عين الصحيح التي مثلها له، فيكون له القصاص، وتثنيته بالأخرى التي لا مثلها له يشبه فقأ الصحيح عين الأعور، والنص عن ابن القاسم وأشهب مثله حكاه المصنف.

صاحب النكت: قول ابن القاسم هنا خلاف قوله في الأعور يفقأ عين الصحيح التي مثلها له، أن الصحيح مخير، يجب على مذهبه إذا فقأها الأعور أن يكون الصحيح مخيراً في فقأ عين الأعور بعينه أو يأخذ فيه ألف دينار أو خمسمائة دينار في عينه الأخرى التي ليس لها مثل، وإنما جواب ابن القاسم في المسألة على ما قاله مالك في أحد أقواله: أنه ليس له إلا القصاص. وأما قول أشهب فإنما بنى على مذهبه الذي اختار من قول علي، وأما على قول

ابن القاسم في المدونة فإن بدأ بالتي لا نظير لها فله فيها خمسمائة دينار، وهو في الأخرى مخير إما أن يقتص أو يأخذ ألف دينار، وإن بدأ بالتي مثلها للأعور؛ فهو مخير في أن يقتص منها بعين الأعور أو يأخذ ألف دينار، له في التي لا مثل لها ألف دينار بكل حال، لأنه عين أعور. انتهى.

وَلَوْ قُلِعَتْ سِنٌّ وَرُدَّتْ وَنَبَتَتْ فَالْقَوَدُ فِي الْعَمْدِ، وَفِي الْعَقْلِ فِي الْخَطَإِ قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ، وَلَوْ أَخَذَ الْعَقْلَ قَبْلَ نَبَاتِهَا ثُمَّ نَبَتَتْ لَمْ يَرُدَّ الْعَقْلَ اتِّفَاقاً ...

اللخمي: إذا قلعت سن فردها فنبتت أو نبت مكانها [٧٠٣/ ب] أخرى، أو قطعت أذنه فردها فثبتت؛ فإن كان القلع والقطع عمداً أوجب القصاص اتفاقاً، لأن المعتبر في القصاص يوم الجرح، فأما في العقل، فإن أخذ العقل قبل الثبوت أو النبات، فحكى المصنف وصاحب البيان الاتفاق على عدم الرد، وإن لم يأخذ العقل، فقال ابن القاسم: لا يمنع ثبوتها من أخذ العقل لأن لها عقلاً مسمى، فكانت كالموضحة والمنقلة والمأمومة والجائفة، ثم يعود الموضع كما كان قبلهن، فكأنه لا يسقط عقلهن بالاتفاق، وصرح اللخمي ورأى أشهب أن ثبوت السن يسقط العقل كسائر جراحة الخطأ غير المقدرة، وقول ابن القاسم أظهر؛ لأنه لما كانت السن فيها مقدرة كان ردها إلى الموضحة وأخواتها أولى.

اللخمي: ويختلف على هذا في إشراف الأذنين إذا ردهما وكان القطع خطأ، فعلى القول أن فيهما حكومة لا يكون له شيء، وعلى القول أن فيهما الدية تكون فيهما الدية كالموضحة، وستأتي مسألة عود السن من كلام المصنف، وسيتكلم هناك على عود البصر.

وَوِلايَةُ الاسْتِيفَاءِ لأَقْرَبِ الْوَرَثَةِ الْعَصَبَةِ الذُّكُورِ.

أي: استيفاء النفس دون الجراح، ويدل عليه قوله: (**لأَقْرَبِ الْوَرَثَةِ**) لأن حق الوارث إنما يكون بعد الموت. وقوله: (**لأَقْرَبِ الْوَرَثَةِ**) أي: فلا يكون للأبعد حق مع الأقرب

كالإخوة مع البنين. قال صاحب البيان: وترتيبهم في القيام بالدم كترتيبهم في ميراث الولاء والصلاة على الجنائز، وفي النكاح لا يشذ من ذلك على مذهب ابن القاسم إلا الجد مع الإخوة، فإنه بمنزلتهم في العفو عن الدم والقيام به.

وقوله:(**الْعَصَبَةِ**) احتراز من غير العاصب كالزوج والأخ للأم، واحترز بالذكور من الإناث، فإنه سيذكر ما فيهن من التفصيل والخلاف. قال في المدونة: وإن كان عشرة إخوة وجَد؛ حلف الجد ثلث الأيمان، وحمله ابن رشد على ظاهره من العموم في الخطأ والعمد، وقال: أما الخطأ فصواب، وأما العمد فالقياس على مذهبه أن تقسم الأيمان بينهم على عددهم، وحمله بعض شيوخ عبد الحق على الخطأ، وأما العمد فكما ذكر ابن رشد أنه القياس، وعن أشهب: لا حق للجد مع الإخوة في القيام ولا في العفو، فالإخوة على مذهبه يقسمون دونه، فإن استعانوا بالجد قسمت على عددهم، نقله صاحب المقدمات، ونقل عبد الحق عنه ما يخالف هذا فانظره.

وَأَشْهَرُ الرِّوَايَتَيْنِ أَنَّ النِّسَاءَ إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي دَرَجَتِهِنَّ عَصَبَةٌ كَذَلِكَ

عبر اللخمي عن الأشهر بالمعروف، فقال: من قوله أن للنساء مدخلاً في الدم، وحكى ابن القصار عن مالك أنه لا مدخل للنساء في الدم جملة، واحترز بقوله:(**إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي دَرَجَتِهِنَّ عَصَبَةٌ**) مما لو كان في درجتهن عصبة، كالبنات مع الابن، والأخوات مع الأخ، فإنه لا دخول حينئذٍ في عفو ولا قود باتفاق، والمراد بالعصبة العاصب؛ لأن العاصب الواحد يحجبهن، ويشترط في النساء على القول بدخولهن، أن يكن ممن يرثن، احترازا من العمات وشبههن، وقد يؤخذ من كلامه هذا الشرط؛ لأنه قال في الذكور الورثة، فأشار إلى اشتراط الوراثة، وإذا اشترطت الوراثة في الذكور فأحرى النساء، ويشترط فيهن أيضا أن يكن ممن لو كان في درجتهن ذكر ورث بالتعصيب احترازاً من

الأخوات للأم، وإذا فرعنا على الرواية بدخولهن مع العصبة، فاختلف قول مالك، هل يدخل في القتل دون العفو ؟

ابن عبد السلام: والرواية بنقض ذلك على القتل هي التي يجري عليها أكثر فروع المدونة، وأشار المصنف بقوله: (**كَذَلِكَ**) إلى أن ولاية الاستيفاء للأقرب منهن، واختلف في الأمر؛ فرأى مالك وابن القاسم أن لها القيام بالدم، وأباه أشهب.

إِلا أَنَّ الْعَصَبَةَ الْوَارِثِينَ فَوْقَهُمْ سَوَاءٌ

لما كان قوله: (**إِذَا لَمْ يَكُنْ فِي دَرَجَتِهِنَّ عَصَبَةٌ**) أعم من أن يكون أسفل منهن عصبة، وقوله: (**فَوْقَهُمْ**) حال من النساء؛ أي: في حال كون النساء كائنات فوق العصبة الوارثين، كالبنت مع الإخوة. وقوله:(**سَوَاءٌ**) خبر (**أَنَّ**) وقوله:(**سَوَاءٌ**) أي: في القيام بالدم، ومن قام به فهو أولى، ولا عفو إلا باجتماعهم، ولم يرد بالتسوية أنهم كإخوة أو أعمام سقط القتل بعفو بعضهم، وإن كان ذلك ظاهر التسوية، وهو مذهب المدونة، وزاد عياض قولين آخرين؛ **أحدهما** وهو لابن القاسم في العتبية: التفصيل بين أن يثبت الدم ببينة كمذهب المدونة، أو يثبت بالقسامة، فلا حق للنساء معهم في عفو ولا قيام؛ لأنهم هم الذين لا يستحقوا الدم بقسامتهم. **والثاني** لمالك من رواية مطرف وابن الماجشون: إن ثبت ببينة فالنساء أولى بالعفو، وإن ثبت بقسامة فلا عفو إلا باجتماعهم، ومن قال بالدم فهو أولى. وقال **ابن عبد السلام**: (**قُرْبُهُمْ**) بالقاف والراء والباء الموحدة، والأحسن رفع الباء على الابتداء، وقوله:(**سَوَاءٌ**) خبره، والجملة خبر، وليس كما رأيته في بعض النسخ (**فَوْقَهُمْ**) على الظرف؛ إذ لا معنى لها هنا، وقد بينا [٧٠٤/ أ] معناها، وهو أظهر.

وَالْعَصَبَةُ غَيْرُ الْوَارِثِينَ إِذَا ثَبَتَ الْقَوَدُ بِقَسَامَتِهِمْ مَعَ النِّسَاءِ كَذَلِكَ

قوله: (**غَيْرُ الْوَارِثِينَ**) يريد أن النساء قد أخذن جميع المال، وهذا لا يجوز الجميع، وهن في درجة واحدة. وقوله:(**إِذَا ثَبَتَ الْقَوَدُ بِقَسَامَتِهِمْ**) شرط في مساواتهم للنساء في

القيام بالدم، فله ذلك كما تقدم في الوارثين، وهو معنى قوله: (**كَذَلِكَ**) وهو مذهب المدونة من سماع عيسى، أن العصبة أحق بالقيام والعفو، وفهم من كلامه أنه لا حق للعصبة إذا لم يثبت الدم بقسامتهم، وهو متفق عليه.

وَفِي مُسَاوَاةِ الأَخِ لِلْجَدِّ أَوْ تَقْدِيمِهِ قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ

أن الأخ وابنه مقدمان عليه، وهو الأظهر من باب التعصيب المحض، فكان كالولاء والنكاح والصلاة على الميت، ولو كان كالميراث كما يقتضيه قول ابن القاسم لما سقط قول الأنثى مع من هو في درجتها.

وَعَلَى الْمَشْهُورِ: لا تَدْخُلُ بِنْتٌ عَلَى ابْنٍ، وَلا أُخْتٌ عَلَى أَخٍ مِثْلِهَا

أي: وعلى المشهور من أن للنساء مدخلاً في الولاية من حيث الجملة، فأشار بقوله: (**عَلَى الْمَشْهُورِ**) إلى أن مقابل الأشهر المتقدم ليس بمشهور، وهو كذلك، وقد تقدم أن اللخمي جعله مقابل المعروف، ولا إشكال في عدم دخولهن على الشاذ، وعلى هذا فما ذكره هنا متفق عليه. واحترز بقوله: (**مِثْلِهَا**) من الأخت الشقيقة مع الأخ للأب، فإنها تدخل عليه، وإذا لم تدخل الأخت للأب على الأخ لأب فأحرى ألا تدخل على الشقيق.

وَلا أُخْتٌ عَلَى أُمٍّ، وَلا أُمٌّ عَلَى بِنْتٍ

ضابط دخول النساء بعضهن على بعض أنك تقدرهن ذكوراً، فإن صح دخولهن في الذكورة دخلوا في الأنوثة وإلا فلا، وذكر اللخمي في دخول الأم على البنات قولين؛ **الأول**: ما ذكره المصنف. **والثاني** رواه ابن القاسم عن مالك: لا تسقط الأم إلا مع الأب والولد الذكر.

وَتَدْخُلُ الْبَنَاتُ مَعَ الأَبِ وَالْجَدِّ، وَالأَخَوَاتُ الأَشِقَّاءُ عَلَى الإِخْوَةِ لِلأَبِ

أي: وتدخل الأخوات الأشقاء على الإخوة للأب.

وَلا تَدْخُلُ الأُمُّ عَلَى الابْنِ وَالأَبِ

هو متفق عليه. قال ابن القاسم: ولا تسقط الأم إلا مع الأب ومع الولد الذكر.

وَلا تَدْخُلُ الْعَصَبَةُ عَلَى الْبَنَاتِ وَالأَخَوَاتِ إِذَا حَرَزْنَ الْمِيرَاثَ

أي: إذا حرزن البنات والأخوات، وهذا محمول على ما إذا ثبت الدم ببينة، وإن لم يحمل على هذا لزم أن يعارض هذا بما قاله أولاً: أن العصبة غير الوارثين إذا ثبت الدم بقسامتهم كذلك، فوجب أن يقيد الأول بما إذا ثبت بقسامة، والثاني إذا ثبت ببينة.

وَإِنْ كَانَ فِي الْمُسْتَحِقِّينَ غَائِبٌ انْتُظِرَ وَكُتِبَ إِلَيْهِ إِلا أَنْ يُيْئَسَ مِنْهُ كَأَسِيرٍ وَشِبْهِهِ فَلا يُنْتَظَرُ...

أي: فإن غاب بعض مستحقي الدم فلينتظر، هكذا في المدونة.

ابن يونس: إلا في البعيد الغيبة، بأن حضر القتل، ونقله محمد عن ابن القاسم، وقال أبو عمران: ظاهرها انتظار الغائب وإن بعدت غيبته، وفرق سحنون بين قريب الغيبة وبعيدها، أما إن أمكن الكتاب إليه كتب ليعلم ما عنده، ونص قول سحنون عند ابن يونس: هذا فيمن بعد جدًّا كأسير بأرض الحرب وشبهه، وأما من بعد من إفريقية إلى أرض العراق فليس من ذلك، وإلى تقييد سحنون أشار المصنف بقوله: (**إِلا أَنْ يُيْئَسَ مِنْهُ... إلخ**).

ابن عبد السلام: والذي نزل عليه أصول الفقه أنه لا يسقط حقه، بل يقيم له القاضي وكيلاً ينظر بالإصلاح.

وَيُحْبَسُ وَلا يُكْفَلُ؛ إِذْ لا كَفَالَةَ فِي قِصَاصٍ وَلا جُرْحٍ كَمَا يُحْبَسُ لَوْ شَهِدَ وَاحِدٌ فِي الْعَمْدِ حَتَّى يُزَكَّى وَلا يُكْفَلُ بِخِلافِ قَتْلِ الْخَطَأِ وجِرَاحِهِ، فَإِنَّهُ مَالٌ عَلَى الْعَاقِلَةِ أَوْ عَلَيْهِ...

أي: إذا انتظر الغائب حبس القاتل، ولا يؤخذ من القاتل كفيل، وشبه المصنف هذا بما إذا أقام الولي شاهداً يوم العمد بأنه يحبس المشهود عليه حتى يزكى ذلك الشاهد، وهو تشبيه ظاهر بعيد الحكم بطريق الأولى؛ لأن الكفالة إذا لم تقبل وسجن مع عدم كمال البينة فأولى إذا كملت.

ابن عبد السلام: ولا يجري هنا الخلاف الشاذ في الكفالة تكون بالدماء على ما تقدم في الكفالة، وهو قول يشبه مذهب الليثي، وإذا عجز الكفيل على هذا القول أدى أرش الجرح، فإن من أجاز الكفالة على هذا الوجه إنما يجيزها بشرط رضا من له الحق، والفرض هنا أنه غائب.

وقوله: (**بِخِلافِ قَتْلِ الْخَطَأِ... إلخ**). تصوره ظاهر. وقوله:(**عَلَى الْعَاقِلَةِ**) أي: في القتل والجراح إذا كانت الثلث فأكثر، وعليه إذا كان دون الثلث، ومذهب المدونة عدم الحبس في الخطأ، وقيده بما إذا كان مشهور العين لا يحتاج إلى الشهادة على عينه، وأما إذا كان غير مشهور فيحبس ليشهد على عينه، وقاله سحنون، ولا يبرئه من الحبس إلا حميل بوجهه. وفي العتبية: أنه يحبس في الخطأ. أبو عمران: ولعله يريد فيما دون الثلث ليشهد على عينه إذا كان مجهولاً، وإن كان سحنون فهم منه الخلاف.

وَوَرَثَةُ الْمُسْتَحِقِّ لِلْقِصَاصِ مِثْلُهُ أُمَّاً كَانَتْ أَوْ غَيْرَهَا، وَلَوْ كَانَتْ بِنْتٌ مَعَ ابْنٍ فَمَاتَتْ لَمْ يَكُنْ لِوَرَثَتِهَا مُتَكَلَّمٌ إِلا فِي الْمَالِ إِنْ عَفَا، بِخِلافِ مَا لَوْ كَانَتْ مَعَ بِنْتٍ أَوْ عَصَبَةٍ...

[٧٠٤/ ب] يعني: إذا كان المستحق لقصاص واحد أو أكثر، فإذا مات المستحق تنزلت ورثته منزلته، فإن كان له حق في العفو والقتل فورثته كذلك، وإن لم يكن له حق في

العفو؛ كالبنت مع الابن، فورثتها كذلك لا حق لهم إلا في المال إن عفوا. وقوله: (**أُمَّاً كَانَتْ أَوْ غَيْرَهَا**) يحتمل سواء كان المستحق أُما أو غيرها، ثم بين المصنف ما ذكره بقوله: (**وَلَوْ كَانَتْ بِنْتٌ مَعَ ابْنٍ**) وهو ظاهر.

فَإِنْ كَانَ فِيهِمْ صَغِيرٌ؛ فَثَلاثَةٌ لابْنِ الْقَاسِمِ وَعَبْدِ الْمَلِكِ وَسُحْنُونٍ، ثَالِثُهَا: إِنْ لَمْ يَكُنْ قَرِيباً مِنَ الْمُرَاهِقِ لَمْ يُنْتَظَرْ...

يعني: فإن كان في المستحقين صغيراً، فثلاثة أقوال؛ **الأول** لابن القاسم في المدونة: أنه لا ينتظر، وهذا مفهوم كلام المصنف، لأن عادته جعل الأول من الأقوال للأول من القائلين، وأن صدر الثالث هو القول الأول. **والثاني** لعبد الملك: أنه ينتظر كالغائب. **والثالث** لسحنون: أنه إن قارب البلوغ انتظر، وإن لم يقربه لم ينتظر، وقول من قال أن المصنف خالف قاعدته؛ لأن قاعدته تقديم الثبوت ليس بظاهر، بل عادته كما ذكرنا جعل الجزء الأول من الثالث لقائل الأول، سواء كان الجزء الأول ثبوتاً أو سلباً، وما ذكر المصنف من أن مذهب ابن القاسم عدم انتظار القتل، ولا ينتظر أن يكبر ولده فيبطل الدم، وإن عفوا لم يجز عفوهم إلا على الدية لا أقل، وإن كان أولاد المقتول صغاراً أو كباراً؛ فإن كان الكبار اثنين فصاعدا فلهم أن يقسموا ويقتلوا ولا ينتظر بلوغ الصغار، وإن كان عفا بعضهم فللأصاغر حظهم من الدية، وإن لم يكن إلا ولدان صغير وكبير؛ فإن وجد الكبير رجلاً من ولاة الدم يحلف معه، وإن لم يكن ممن له العفو حلفا خمسين يميناً، ثم للكبير وإن لم يجد من يحلف معه حلف خمساً وعشرين يميناً، واستؤني بالصغير فإذا بلغ حلف خمساً وعشرين واستحقوا الدم. انتهى.

وَعَلَى الْمَشْهُورِ: إِنْ عَفَوْا فَلِلصَّغِيرِ نَصِيبُهُ مِنْ دِيَةِ عَمْدٍ

أراد بالمشهور قول ابن القاسم، فإذا قلنا: لا ينتظر وعفا الكبار، كان للصغير نصيبه من دية عمد. وفي قوله: (**مِنْ دِيَةِ عَمْدٍ**) فائدة حسنة؛ وهي أنهم لو صالحوا على دية خطأ

أو على أقل لم يلزم الصغير ذلك، لكن في بناء هذا الفرع على المشهور تطويل، هو جار على المشهور وغيره.

فَإِنْ كَانَ فِيهِمْ مُطْبِقٌ لَمْ يُنْتَظَرْ، بِخِلافِ الْمُغْمَى وَالْمُبَرْسَمِ

لو كان عوض الصبي مجنون مطبق لم ينتظر وليس كالصبي؛ لأن الصبا معلوم الزوال، بخلاف المغمى والمبرسم فإنهما ينتظران لرجاء إزالتهما عن قرب. والمبرسم بفتح السين اسم مفعول. الجوهري: وبرسم فهو برسم والبرسام علة معروفة. قال غيره: وهو ورم في الرأس يثقل منه الدماغ. الجواليقي: وهو معروف.

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَبِيرٌ فَلِلْوَلِيِّ النَّظَرُ فِي الْقَتْلِ أو الدِّيَةِ كامِلَةً. وَقَالَ أَشْهَبُ: أَوْ فِي أَقَلَّ مِنْهَا...

يعني: فإن لم يكن مع الصغير كبير فوليه بالخيار، إن شاء اقتص له أو أخذ الدية.

ابن عبد السلام: إلا في الدية للعمد؛ أي في دية عمد لا في أقل منها، وهذا مذهب ابن القاسم. وقال أشهب: للولي أن يصالح بأقل من الدية، والمتبادر للذهن على قول ابن القاسم الذي يرى أن الواجب في العمد إنما هو القصاص، أن يكون للولي المصالحة على أقل من الدية، لقدرة الولي على تحصيل الدية، وهكذا أشار إليه ابن رشد، إن كان واحد لم يجز على أصله، وقيد أشهب بألا يتهم فيه بمحاباة لقلته، وكذلك قيد أيضا قول ابن القاسم بما إذا كان القاتل مليًّا، وإن لم يكن مليًّا جاز الصلح بأقل منها.

ابن القاسم: فإن لم يكن للصغير ولي إلا السلطان فإنه يقيم لهم وليا فيكون كالوصي.

ابن عبد السلام: وهو حمل يقوي ما قلناه أولاً أن أصل المذهب أن يقدم للصغير أو للغائب ولي، ولا ينتظر ولا يسقط حقه أيضا على القول الآخر.

وَإِذَا قُطِعَ الصَّبِيُّ عَمْداً؛ فَلِلأَبِ أَوِ الْوَصِيِّ النَّظَرُ لا لِغَيْرِهِمَا، أَمَّا إِذَا قُتِلَ فَالأَوْلِيَاءُ أَوْلَى...

يعني: أن الصغير ما دام حيّاً فالناظر له في الجناية عليه أبوه أو وصيه كماله، وغيرهما أجنبي. وأما إذا قتل فالأولياء أحق من الوصي؛ لأن بموت الصبي نظر الوصي، وللمحجور عليه أن يعفو عن دمه عمداً أو خطأ، كان المحجور بالغاً أو غير بالغ، ويكون عفوه عن الخطأ من ثلثه بالاتفاق، واختلف في الجرح والشتم وما ينال من بدنه أو عرضه، فأجاز ابن القاسم في الواضحة عفوه عنه، كان الجرح عمداً أو خطأ، ومنع ذلك مطرف وابن الماجشون وأصبغ.

وَلَوْ صَالَحَ الأَبُ أَوِ الْوَصِيُّ عَنِ الصَّغِيرِ فِي جُرْحٍ عَمْدٍ أَوْ خَطَإٍ عَلَى الْجَانِي بِأَقَلَّ مِنْ دِيَتِهِ بِالنَّظَرِ جَازَ لِعُسْرَتِهِ كَالْقَوَدِ...

الضمير في (**عُسْرَتِهِ**) راجع إلى (**الْجَانِي**) قال: ويقع في بعض النسخ بإثر (**عُسْرَتِهِ**) (**الْقَوَد**) وليس لها معنى، ولعلها من خطأ الكاتب. لفظة (**عَلَى**) الداخلة على الجاني لا معنى لها. انتهى وفيه نظر. ويمكن أن يكون في (**لِعُسْرَتِهِ**) عائداً على الصبي. وقوله: (**الْقَوَدِ**) ليس لها معنى، إنما الثابت عندنا في النسخ (**كَالْقَوَدِ**) ومعناها: كما أجاز القود له جاز صلحه. وقوله: (**عَلَى الْجَانِي**) فيه حذف [٧٠٥/ أ] مضاف؛ أي: على جناية الجاني، فلا يدعي في ذلك غلط، وفي بعض النسخ (وَلِعَشِيرَتِهِ الْقَوَدُ) بالشين المعجمة، وهي ظاهرة.

وَأَخْذُ الْمَالِ فِي قَتْلِ عَبْدِ الصَّغِيرِ أَحَبُّ إِلَيْهِ؛ إِذْ لا نَفْعَ لَهُ فِي الْقِصَاصِ

نحوه في المدونة، وهو ظاهر التصور. وقوله:(**أحب إليه**) هو عائد على ابن القاسم، فإن قلت: لِمَ لمْ يتعين أخذ المال. قيل: قد يكون أخذ المال في بعض الأوقات سبباً للجرأة، فيرى الولي القصاص أولى.

وَإِذَا اجْتَمَعَ مُسْتَحِقُّ النَّفْسِ وَمُسْتَحِقُّ الطَّرَفِ قُتِلَ وَلَمْ يُقْطَعْ

يعني: إذا قطع يد واحد وفقأ عين آخر، فإنه يقتل لولاة المقتول ولا شيء للآخرين؛ لأن القتل يأتي على ذلك كله، إلا أن يقصد المثلة فيقتص منه أولاً ثم يقتل، كما في الرجل الواحد، وروى بعض العلماء خارج المذهب: أنه يقتص لصاحب اليد ونحوه ثم يقتل وإن لم يقصد المثلة، وهو القياس عند اللخمي.

وَلِلسُّلْطَانِ أَنْ يُفَوِّضَ الْقَتْلَ لِلْمُسْتَحِقِّ خِلافاً لأَشْهَبَ، وَيُنْهَى عَنِ الْعَبَثِ، فَإِنْ تَوَلَّاهُ مَنْ أُذِنَ عُزِّرَ وَوَقَعَ الْمَوْقِعَ، وَلا يُمَكَّنُ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ...

لما رواه مسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أسلم القاتل للمستحق. فإن تولى المستحق القتل من غير إذن الحاكم عزر لتعديه على الإمام، ولئلا يجترأ على الدماء ووقع القتل في موقعه، ونص في المدونة على أنه إن قتلوه قبل أن ينهى به إلى الإمام أنه كذلك.

ابن الماجشون: وإن قتلوه بعد أن شهدت البينة لهم عليه بالقتل قبل الإعذار بالقتل، فإن جرح الذين شهدوا بالقتل عليه فإنهم يقتلون، وإن لم يجرحوا أدبوا، وفي سماع أصبغ إذا كان للمقتول وليان فقتل أحدهم القاتل؛ فليس عليه قتل ويغرم لصاحبه، يريد نصف الدية لأنه أبطل له حقه؛ إذ لعله يعفو عنه، وقاله أصبغ، ولا يمكن فيها دون النفس؛ أي: من القطع والجرح اتفاقاً، ولا سؤال على قول أشهب لمساواة النفس عند الجرح، والفرق للمشهور أن المتولي فيها دون النفس هو المجني عليه، أو بحضرته فيحمله على ما أصابه على شدة الحنق؛ يريد: أي في المثلة بخلاف القتل.

وَيَقْتَصُّ لَهُ مَنْ يَعْرِفُ الْقِصَاصَ، وَأُجْرَةُ مَنْ يَسْتَوْفِي الْقِصَاصَ عَلَى الْمُسْتَحِقِّ، وَقِيلَ: عَلَى الْجَانِي...

أي: ويقتص للمجروح من يعرف القصاص؛ إذ ليس كل الناس يعرف ذلك.

ابن عبد السلام: ولا بد أن يكون من أهل العدالة، وأجرة من يستوفي القصاص على المستحق، هذا هو المشهور، والثاني ذكره ابن شعبان، ومنشأ الخلاف هل الواجب على الجاني التمكين من نفسه أو التسليم، والأول هو اختيار ابن رشد وابن شعبان وغيرهما.

وَلا يُؤَخَّرُ الْقِصَاصُ بِالاسْتِنَادِ إِلَى الْحَرَمِ، وَلَكِنْ يَخْرُجُ مِنَ الْمَسْجِدِ

أطلق في القصاص ليعم النفس والطرف، تنبيها منه -رحمه الله- على تفصيل أبي حنيفة بين الطرف فيقتص منه في الحرم، وبين النفس فلا يقتص منه في الحرم، ولكن يلجأ إلى الخروج بألا يبايع ولا يكلم، فإذا خرج قتل، لا يعممه إذا قتل وهو في الحرم. قال في العتبية: والحرم أحق أن يقام فيه حدود الله ولا ينتظر أن يفرغ من حجه، والقياس على الطرف أو من قتل في الحرم، واستدل أبو حنيفة بقوله تعالى: ﴿ **وَمَن دَخَلَهُۥ كَانَ ءَامِنًا** ﴾ [آل عمران:٩٧] ولكل من الفريقين أدلة أكثر من هذا. وقوله: (**وَلَكِنْ يَخْرُجُ مِنَ الْمَسْجِدِ**) إن جعلنا (أل) في المسجد للجنس فظاهر، لكن الظاهر بقرينة ذكر الحرم أنهما أرادا المسجد الحرام، لكن لا يفهم كلامه على الخصوصية بل لمساواة سائر المساجد له في منع إقامة الحدود فيها.

وَيُؤَخَّرُ قِصَاصُ مَا سِوَى النَّفْسِ حَتَّى يَبْرَأَ

قوله: (**مَا سِوَى النَّفْسِ**) (**ما**) عامة فتعم سائر الجراح؛ لما رواه الدارقطني من حديث محمد بن خالد عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: **نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقتص من الجراح حتى ينتهي**. ومحمد بن خالد وثقه ابن معين وضعفه أبو داود وغيره.

وروى يحيى بن أبي أنيسة ويزيد بن عياض عن أبي الزبير عن جابر قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «**يُسْتَأْنَى بالجراحِ سنةً**». لكن يحيى ويزيد متروكان.

وروي عن جابر أيضا: **أن رجلاً طعن رجلاً بقرن في ركبته فأتى النبي صلى الله عليه وسلم يستقيد، فقيل له: حتى تبرأ، فأبى وعجل واستقاد، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فعنتت رجله وبرأت رجل المستقاد منه، فأتى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال له: «ليس لك شيء إنك أبيت»**. وهذا أشبه عندهم من الأولين.

وظاهر قوله: (**حَتَّى يَبْرَأَ**) أنه ينتظر البرء ولو زاد على السنة، وهو مذهب المدونة. وقال أشهب: ليس بعد السنة انتظار، لكن قيده عياض بالخطأ، فقال: يريد في الخطأ، ويعقل الجرح بحالها عند تمامها ويطالب بما زاد بعد، وظاهر كلامه أيضا أنه إذا برئ قبل السنة اقتص منه وهو قول الأكثر، وذهب ابن شاس إلى أنه لابد من الاستيناء سنة لتتم عليه الفصول الأربعة مخافة أن يقتص.

فَإِنْ أَفْضَى إِلَى النَّفْسِ قُتِلَ وَسَقَطَ [٧٠٥/ب] الْقَطْعُ وَالْجُرْحُ إِلا عِنْدَ قَصْدِ الْمُثْلَةِ

أي: فإن أفضى الجرح إلى النفس قتل الجاني بعد القسامة إن شاء الأولياء القتل، ولهم أن يبقوا على حقهم في الجرح والقطع لاندراجهما في النفس، إلا أن يقصد بهما المثلة ولا يسقطان. وعلى هذا فقوله: (**إِلا عِنْدَ قَصْدِ الْمُثْلَةِ**) استثناء متصل. وقول **ابن عبد السلام**: أنه منفصل، وأنه لو حمل على الاتصال إلى أن يفعل في الجاني أكثر مما فعل بمجرد قصده ليس بظاهر؛ لأن المستثنى قصد المثلة بالقطع والجرح لا مجرد القطع، والله أعلم.

وَإِن تَرَامَى إِلَى زِيَادَةٍ دُونَ النَّفْسِ أَوْ لَمْ يَتَرَامَ اقْتُصَّ مِنْهُ فَإِنْ سَرَى مِثْلَهُ أَوْ أَكْثَرَ اسْتَوْفَى، وَإِنْ وَقَفَ دُونَهُ أَخَذَ أَرْشَ الزَّائِدِ...

أي: فإن ترامى دون النفس قطع أو جرح إلى زيادة النفس، أو لم يترام اقتص من الجاني قدر ما جرح الجاني، مثل جرح المجني عليه أو زاد على جرح المجني عليه وأن يموت الجاني، فقد استوفى المجني عليه حقه من القصاص، ولا شيء للجاني في الزائد

وإن لم يصل إلى ما وصل إليه جرح الجاني، وهو معنى قوله: (**وَقَفَ دُونَهُ**) أي: جرح الجاني وقف دون ما سرى إليه جرح المجني عليه، وأخذ المجني عليه أرش الزائد.

وَيُؤَخَّرُ الْعَقْلُ فِي الْخَطَإِ أَيْضاً، فَإِنْ بَرِئَ عَلَى عَثَمٍ فَحُكُومَةٌ، وَإِنْ بَرِئَ عَلَى غَيْرِ عَثَمٍ فَلا شَيْءَ فِيهِ، وَفِيمَا لا يُسْتَطَاعُ فِيهِ الْقَوَدُ...

وتؤخر الدية، وهو معنى قوله: (**الْعَقْلُ**) إلى البرء، وإلى ذلك أشار بقوله: (**أَيْضاً**) لأنه قد يئول الأمر إلى النفس أو يصير إلى ما تحمله العاقلة، فإن برئ على شين فعلى الجاني حكومة، وسيأتي تفسيرها، وإن برئ على غير شين فلا شيء فيه؛ أي: لا عقل ولا أدب، أما نفي الأدب فلأنه لم يتعهد، وأما نفي العقل؛ لأنه غير مقدر فيه شيء، وكل ما ليس بمقدر فإنما فيه بحسب الشين، والفرض انتفاؤه، وسيتكلم المصنف على ما فيه عقل مسمى.

وقوله: (**وَفِيمَا لا يُسْتَطَاعُ**) هو معطوف على قوله: (**فِي الْخَطَإِ**) أي: يؤخر العقل في الجرح الذي لا يستطاع فيه القود إذا كان عمدا، ككسر عظام الصدر والعنق والصلب، فإن برئ على غير شين فلا عقل فيه، وعليه هنا الأدب لكونه عمدا، وإن برئ على شين فحكومة.

وَفِي تَأْخِيرِ الْمُقَدَّرِ وَنَحْوِ الْجَائِفَةِ وَالْمَأْمُومَةِ قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ، وَيُؤَخَّرُ الْمُقَدَّرُ فِيهِ وَإِنْ بَرِئَ عَلَى غَيْرِ عَثَمٍ اتِّفَاقاً...

أي: وفي تأخير عقل الجرح المقدر فيه شيء نحو الجائفة والمأمومة وعدم تأخيره إلى أن يبرأ، فحذف معطوفاً، وغاية التأخير لابن القاسم، وعلله في المجموعة بأنه قد يجب على العاقلة دية نفس بقسامة، ونفي التأخير لأشهب؛ لأنه لما كان في هذا عقل مسمى لم يكن للتأخير فائدة، ألا ترى أنه لو برئ على غير شين لكان ذلك القدر فيه بالاتفاق كما صرح به المصنف، وأطلق المصنف قول أشهب، وقيده أشهب بأن يبلغ الثلث؛ لأن عقل الموضحة والمنقلة لا يعجل عنده، ولا يقال: إنه مثَّل بما بلغ الثلث؛ لأن المثال لا يخصص.

أشهب على نقله في النوادر: لا جرح وتحمل العاقلة أوله كالجائفة والمأمومة، ومواضح تبلغ ثلث الدية فقد لزم العاقلة الثلث الآن، وله تعجيل ما حل منها، وما تناهى إلى زيادة فله ما تناهى ويقع، وفي غير المقدر في نحو الجائفة فيكون فيه حذف مضاف؛ أي: وفي تأخير، ويكون (**فِي نَحْوِ الْجَائِفَةِ**) بدل من قوله: (**وَفِي غَيْرِ الْمَقَدَّرِ**).

وَالْمَارِنُ إِنْ بَرِئَ عَلَى غَيْرِ عَثَمٍ فَحُكُومَةٌ، وَقَالَ سُحْنُونٌ: بِحِسَابِهِ؛ لأَنَّهُ مُقَدَّرٌ

القول بالحكومة هو المشهور، وأكثرهم حمل قول سحنون على الخلاف، ورآه في النكت وفاقاً، وقال: إن خرم العظم وسلم المارن ففيه الاجتهاد، وإن خرم ما دون العظم، فذلك الخرم كالقطع فيكون ذلك بحساب ما نقص المارن بعد البرد، وهكذا في الموازية. قال: وإلى هذا يرجع ما قال ابن القاسم وسحنون، ولا يخرج عن هذين الوجهين.

وَيُؤَخَّرُ لِلْحَرِّ وَالْبَرْدِ الْمُفْرِطَيْنِ، وَمَرضِ الْجَانِي

هذا خاص بما دون النفس. وقوله: (**الْمُفْرِطَيْنِ**) لأنهما اللذان يخشى فيهما على الجاني، ونص مالك على التأخير في السرقة لشدة البرد. ابن القاسم في كتاب السرقة: وإن كان الحر مما خوفه كالبرد فأراه مثله، وجزم بذلك في كتاب الرجم، فقال: والحر عندي بمنزلة البرد، وظاهر الموازية عدم التأخير، والخلاف مبني على الخلاف في تحقيق العلة. وقوله: (**وَمَرَضِ**) أي: يؤخر الجاني؛ لأنه قد يتهم عليه الموت فيؤدي إلى أخذ النفس بالطرف.

وَتُؤَخَّرُ الْمُوَالاةُ فِي قَطْعِ الطَّرَفِ، بِخِلافِ قَطْعِ الْحِرَابَةِ

يعني: إذا اجتمع عليه قطع طرفين فأكثر وخيف عليه من قطعهما في فور واحد؛ فرِّقا عليه، فإن جنى على اثنين كان يقدر في الحال على جناية أحدهما قدمت، وإن كان يطيق على واحدة منهما على الانفراد وكأن الجنايتين في فور واحد تنازعا في الابتداء، فينبغي [٧٠٦/ أ] أن يُقرع بينهما.

ونقل أبو الحسن: أنه إذا اجتمع على رجل حدان لله جميعاً، أو لآدمي، أو أحدهما لله، فإن كان فيه محل لأحدهما وهما جميعا لله؛ يرى أكثرهما كالحد للزنى وشرب الخمر، فيحد للزنى إلا أن يخاف عليه من الثمانين، وإن كان الخوف أضعف ابتدئ بالحد عن الزنى، فأقيم عليه ثم يستكمل وقتاً بعد وقت، فإذا كمل المائة ضرب لشرب الخمر، وإن كان الحقان لآدمي؛ لأنه قطع هذا وقذف هذا، اقترعا أيهما يبدأ بإقامة حقه من غير مراعاة للآخر، وإن كان فيه محل لأحدهما دون الآخر أقيم عليه الأدنى من غير قرعة، وإن كان أحدهما لله والآخر لآدمي؛ بدئ بحق الله، إلا أن يكون فيه محمل إلا لما هو لآدمي فيقام عليه ويؤخر ما هو لله تعالى لوقت لا يخاف عليه، وإن كان الخوف في أي وقت وكان الحق لله تعالى ابتدئ به.انتهى.

وكذلك أيضاً إذا خيف عليه التلف للموالاة في حق الله تعالى وحق الآدمي لا يوالى عليه بذلك، قال في المدونة: ولو قطع السارق شمال رجل؛ قطعت يمينه في السرقة وشماله قصاصاً، وللإمام أن يجمع ذلك ويفرقه بقدر ما يخاف عليه أو يأمن، وكذلك الحد والنكال يجتمعان جميعاً على رجل، فإن اجتمع عليه حد لله تعالى وحد للعباد بدئ بالحق الذي لله؛ إذ لا عفو فيه، فإن عاش أخذ منه حق العباد، وإن مات بطل حقه.

قال في المدونة: إن سرق وقطع يمين رجل؛ قطع في السرقة فقط؛ إذ هي آكد ولا عفو فيه ولا شيء للمقطوعة يده، كما لو ذهبت يد القاطع بأمر من الله تعالى. وقوله: (**بِخِلافِ قَطْعِ الْحِرَابَةِ**) هكذا في الموازية وغيرها، وعلل ذلك بأن حده إما القطع وإما القتل.

ابن عبد السلام: وليس عندي بالبين؛ لأنا لا نخير الحاكم في قصاص المحارب مجرداً. انتهى. وإنما يجعل له الاجتهاد فيمن تعين له بعض تلك الحدود، وفي آية الحرابة، وعلى هذا فمن يستحق القطع في الحرابة لا ينبغي أن يقضى عليه بالنفي فلا يزاد عليه. انتهى. وهذا كلام ظاهر.

وَتُؤَخَّرُ الْحَامِلُ فِي النَّفْسِ لا بِدَعْوَاهَا. وَقِيلَ: فِي الْجِرَاحِ الْمَخُوفَةِ

لأن الحامل لو قتلت؛ لقتلت من غير تأخير -كما قلنا- نفسين، ولا تؤخر بمجرد دعواها. قال في المدونة: وينظرها النساء فإن صدقنها لم يعجل عليها، وظاهره أنه جعل القول بالتأخير في الجراح مخالفاً للأول وليس بظاهر، وهو تقييد ولا ينبغي أن يختلف فيه، وإنما ساقه في الجواهر على أنه تقييد، فقال: وتؤخر الحامل في النفس لعذر الحمل عند ظهور مخايله، ولا يكفي مجرد دعواها.

محمد: وفي القصاص - الشيخ أبو محمد - يريد وفي الجراح المخوفة.

وَتُؤَخَّرُ الْمُرْضِعُ إِلَى أَنْ يُوجَدَ مَنْ يُرْضِعُ

هو ظاهر، وقد ورد عنه عليه الصلاة والسلام في حديث العامرية.

وَتُحْبَسُ الْحَامِلُ فِي الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ، وَلَوْ بَادَرَ الْوَلِيُّ فَقَتَلَهَا؛ فَلا غُرَّةَ، فَإِنْ زَايَلَهَا قَبْلَ مَوْتِهَا؛ فَالْغُرَّةُ إِنْ لَمْ يَسْتَهِلَّ...

حبست إذ لا كفالة في ذلك، فإن بادر الولي بقتلها فلا غرة؛ لأن من شرط الغرة أن يزايلها قبل موتها. وقوله: (**إِنْ لَمْ يَسْتَهِلَّ**) يريد: وأما إن استهل ففيه الدية بالقسامة، كما سيأتي.

وَمَنْ قَتَلَ بِشَيْءٍ قُتِلَ بِهِ، إلا الْخَمْرَ وَاللِّوَاطَ

لقوله تعالى: ﴿ **فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ** ﴾ [البقرة:١٩٤] وقوله تعالى: ﴿ **وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا۟ بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِۦ** ﴾ [النحل:١٢٦] وللحديث الصحيح: أنه رضخ رأس اليهودي الذي رضخ المرأة. ونبه على خلاف الحنفية في تخصيصهم القود بالسيف، لما ذكره البزار من حديث الحر أبي سهل بن مالك

عن مبارك بن فضالة عن الحسن عن أبي بكرة، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «**لاَ قَوَدَ إِلاَّ بِالسَّيْفِ**». قال أبو حاتم: والحر لا بأس به، ومبارك ذكره ابن حبان في الثقات وضعفه ابن معين في أحد قوليه، وذكر أيضاً عن الثوري عن جابر الجعفي عن أبي عازب مسلم بن عمرو عن النعمان بن بشير عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «**الْقَوَدُ بِالسَّيْفِ، وَلِكُلِّ خَطَأٍ أَرْشٌ**».

عبد الحق: وكلها ضعيفة، وما ذكره المصنف يختص بمن قتل بقسامة، فإنه حكى في البيان والمقدمات أنه لا يقتل إلا بالسيف، وأشار إلى أن ذلك متفق عليه في المذهب. وقوله: (**إِلا الْخَمْرَ وَاللِّوَاطَ**) الأولى ذكر القدر المشترك بينهما، وهو المعصية كما فعل صاحب التلقين.

وَفِي النَّارِ وَالسُّمِّ قَوْلانِ

أما النار، فقال الباجي: المشهور أنه يقتص به للعمومات السابقة، خلافاً لابن الماجشون، ولنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التعذيب بعذاب الله. رواه البخاري.

وأما السم، ففي المدونة: ومن سقى رجلاً سُمّاً فقتله؛ فإنه يقتل بقدر ما رأى الإمام، فحملها في البيان على أنه يقاد به، ويكون -أي الإمام- راجعاً إلى قلة السم وكثرته؛ لأن من الناس من يسرع موته باليسير، ومنهم من لا يسرع موته إلا بالكثير؛ لاختلاف أمزجة الناس، وهو ظاهر لفظ الإمام وظاهر الواضحة، وتأولها ابن أبي زيد على غير ظاهرها، فقال: يعني يجب القود بغير السم، وهذا المعنى المشار إليه نحوه لأبي عمران.

فَيُخْنَقُ، وَيُغَرَّقُ، وَيُحَجَّرُ، وَلا عَدَدَ [٧٠٦/ب] فِي ذَلِكَ، فَإِنْ قَتَلَهُ بِعَصَوَيْنِ ضُرِبَ بِالْعَصَا حَتَّى يَمُوتَ...

يعني: ويقتص بالخنق والتغريق، وإذا قتله بالحجر قُتل به، وإن كان إذا كتف يغرق، فقال أشهب: يقتل، وكذلك كل ما هو من هذا المعنى من طرحه من مكان مرتفع،

وشرط عبد الملك في الحجر أن يكون مما يشدخ، قال: ولا يقتل بالرمي بالنبل ولا بالرمي بالحجارة؛ لأنه لا يأتي على ترتيب القتل، وهو من التعذيب. وقوله: (**فَلَوْ ضَرَبَهُ بِعَصَوَيْنِ**) أي: ضربتين، ضُرب بالعصا حتى يموت، وهكذا قال مالك في المدونة. قال عنه ابن نافع: وذلك إذا كانت الضربة تجهزه، فأما أن يضربه ضربات فلا.

اللخمي: واختلف إذا ضرب مثل العدد الأول فلم يمت، فقال ابن القاسم: يضرب بالعصا حتى يموت، وقال ابن مالك عند محمد: إن كانت العصا تجهز في ضربة ولا يكون شيء بين مختلف، فله أن يقتله بالعصا وإن شاء بالسيف، وأما ضربات فلا وليقتله بالسيف. وقال أشهب: إن رأى أنه إن زِيدَ مثل الضربتين مات زِيدَ وهذا أحسن، فإذا مات الأول عن خمس ضربات ضرب مثل ذلك العدد، فإن لم يمت ورأى أنه إن زِيدَ مثل الضربة والضربتين مات؛ فعل وإلا أجهز عليه بالسيف.

فَإِنْ كَانَ مِمَّا يُطَوِّلُ فِي قَتْلِهِ؛ فَبِالسَّيْفِ عَلَى الأَصَحِّ

الأصح نص عليه في التلقين، وكذلك صححه القاضي أبو بكر، فقال: الصحيح من قول علمائنا أن المماثلة واجبة، إلا أن يدخل في حد التعذيب فليترك إلى السيف، ومقابل الأصح هو ظاهر الإطلاقات.

فَلَوْ قَطَعَ رِجْلَيْهِ وَيَدَيْهِ وَفَقَأَ عَيْنَيْهِ قَصْداً لِلتَّعْذِيبِ فُعِلَ بِهِ، وَإِنْ كَانَ مُدَافَعَةً فَالسَّيْفُ...

يعني: أن ما دون النفس يدخل فيها إلا أن يقصد التعذيب والمُثْلَة، ولو ضرب بالسيف فانكسر قبل قتله، فأخذ رمحاً وطعنه به، أو ألقاه في نهر فمات لقتله بالرمح أو التغريق، وعلى هذا فقوله: (**فَالسَّيْفُ**) مخصوص بمن قتل به.

وَمَهْمَا عَدَلَ الْمُسْتَحِقُّ إِلَى السَّيْفِ مُكِّنَ

لأنه عدل إلى الأخف.

وَلَوْ قَطَعَ يَداً لِرَجُلٍ، وَرِجْلاً لآخَرَ، وَقَتَلَ آخَرَ، فَالْقَتْلُ يَأْتِي عَلَى ذَلِكَ كُلِّهِ

هذا تكرار مع قوله أولاً: (**وَإِذَا اجْتَمَعَ مُسْتَحِقُّ النَّفْسِ وَمُسْتَحِقُّ الطَّرَفِ قُتِلَ وَلَمْ يُقْطَعْ**) وقد تقدم أنه ينبغي أن يقيد ذلك بما إذا لم يقصد المثلة، ووقع فرع يدل على خلاف هذا المعنى؛ وهو إذا قطع يد رجل عمداً، ثم قطع القاطع خطأً أو عمداً فصالح أولياؤه في العمد على مال، فقيل: لا شيء لمن قطعت يده؛ لأن الدية إنما أخذت على النفس. وقال محمد: إن أخذوا الدية في الخطأ أو العمد، فللمقطوع يده أخذ حقه من ذلك.

اللخمي: والأول أحسن؛ لأن الدية إنما أخذت عن النفس ولم تؤخذ عن اليد.

وَأَمَّا مَا كَانَ مِنْهُ خَطَأً فَلا يَسْقُطُ

يعني: وأما ما كان من القطع خطأً فلا يسقط، كما لو قطع يد شخص خطأً، وفقأ عين آخر كذلك، ثم قتل آخر عمداً؛ فإن على العاقلة دية اليد والعين، ويقتص من الجاني في القتل، وهذا لا يختلف فيه.

وَلَوْ قَطَعَ أَصَابِعَ عَمْداً ثُمَّ قَطَعَ الْكَفَّ قُطِعَتْ مِنَ الْكَفِّ، إِلا أَنْ يُفْهَمَ التَّعْذِيبُ فَيُفْعَلُ بِهِ كَذَلِكَ...

يعني: لا يندرج الجزء في الكل في النفس، فكذلك أيضاً لا يندرج الجزء في الكل والطرف، وكلامه ظاهر التصور.

وَفِي مُوجَبِ الْعَمْدِ رِوَايَتَانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ: تَعَيُّنُ الْقَوَدِ، وَالتَّخْيِيرُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الدِّيَةِ...

(**مُوجَبِ**) بفتح الجيم، اختلف فيما يوجب العمد، هل القصاص فقط وهي رواية ابن القاسم، أو التخيير بينه وبين الدية وهي رواية أشهب، وبها قال أشهب واختيار جماعة من المتأخرين؛ لما في الصحيحين عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «**مَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ؛ إِمَّا أَنْ يُؤَدِي، وَإِمَّا أَنْ يُقَادَ**». قال جماعة: هذا الخلاف إنما هو في النفس، وأما الجرح العمد فإن أشهب يوافق المشهور، ونقل عن ابن عبد الحكم التخيير في جراح العمد كالنفس، وفرق الباجي بين الجراح والنفس على رواية أشهب؛ بأن الجارح يريد استيفاء الحال لنفسه، والقاتل إذا قتل ترك المال لغيره، فهو مضار بامتناعه من الدية.

فَعَلَى الأَوَّلِ لَوْ عَفَا عَنِ الْقِصَاصِ أَوْ مُطْلَقاً سَقَطَ الْقِصَاصُ وَالدِّيَةُ. قَالَ: إِلا أَنْ يَظْهَرَ أَنَّهُ أَرَادَهَا فَيَحْلِفُ...

يعني: إذا فرعنا على رواية ابن القاسم وهي تعين القود، فإذا عفا عنه لم تبق له مطالبة، وسواء قال: عفوت عن القصاص، أو قال: عفوت وأطلق، فقوله: (**مُطْلَقاً**) صفة لمصدر محذوف؛ أي: عفواً مطلقاً غير مقيد سقط القصاص لتصريحه بالعفو عنه، والدية لأنها غير واجبة له في الأصل. وفاعل (**قَالَ**) عائد على مالك، ولعله نسبه لمالك لإشكاله على عادته وعادة غيرهم أنهم يتبرءون من بعض المسائل ينسبونها لأهل المذهب بقولهم: قالوا. أو ينسبونها لمالك إشارة منهم إلى أنه ليس فيها إلا النقل، ووجه الإشكال الذي أشار إليه المصنف هنا ظاهر؛ لأن الدية إذا لم تكن واجبة له في الأصل فلا يقبل قوله في إرادتها، وعبر المصنف بقوله: (**أَنْ يَظْهَرَ**) وفي المدونة: لفظة (**بَيْنَ**) أقوى، ولهذا [٧٠٧/ أ] قال **ابن عبد السلام**: التحقيق إن كان الذي ظهر من ولي الدم أمارة قوية تدل على أنه ما عفا إلا لأجل الدية؛ فيحلف ويبقى على حقه في القصاص إذا امتنع القاتل من

إعطاء الدية، وإن كانت تلك الأمارة ضعيفة لا تفيد إلا الشك أو ظناً ضعيفاً، فيحتمل ألا تعتبر ولا يمين، ويحتمل أن يقال إنها كالأمارة القوية؛ لأن القول بالتخيير قوي، ومن حق الولي أن يقول: إنما أنا اعتقدت، وإذا كان الخصم يعذر بالجهل فهنا أولى. قال: وينبغي أن يحمل قول المصنف: (**إِلا أَنْ يَظْهَرَ**) على القسم الأول من قسمي الأمارة؛ لأن لفظه في المدونة يدل عليه؛ لأنه قال: (**بَيْنَ**) هذا معنى كلامه، ثم هذا متقيد بما إذا قال في الحضرة: إنما عفوت عن الدية، وأما لو سكت حتى طال فلا شيء لهم، قاله مالك في الواضحة، وقاله ابن الماجشون وأصبغ.

وَكَذَلِكَ لَوْ عَفَا عَنِ الْعَبْدِ، وَلا طَلَبَ لَهُ بِوَاحِدٍ مِنْهُمَا

أي: عن القصاص الواجب على العبد، ثم قال: إنما عفوت لآخذ العبد، لم يكن له ذلك، إلا أن يتبين ذلك فيحلف. وقوله: (**وَلا طَلَبَ لَهُ بِوَاحِدٍ مِنْهُمَا**) أي: بالعبد، ولا بدية الحر المقتول، وفي معناها قيمة العبد المقتول.

فرع:

ولو حلف الولي في مسألة العبد، خيرنا السيد في دفعه له وفي دفع الدية. قال في العتبية والموازية: منجمة، وأشار ابن يونس إلى أنه تفسير للمدونة. قال ابن رشد: مذهب المدونة هنا أنها حالَّة، وقد تقدم التنبيه على ذلك في مسألة اصطدام الحر والعبد. في جعله مسألة العبد مفرعة على رواية ابن القاسم نظر؛ لأن الحكم فيها تخيير الولي في القتل أو العفو على أخذ العبد، ثم تخيير السيد على ما تقدم، فالتخيير فيها حاصل اتفاقاً لهم، إلا أن يقال: لم يقصد المصنف أن مسألة العبد مفرعة على قول ابن القاسم، وإنما عطفها على مسألة الحر لارتباطها بها، وتشبيه ابن القاسم إحداهما بالأخرى.

وَلا لِمَنْ يُعْتَبَرُ عَفْوُهُ؛ كَالْبَنَاتِ مَعَ الابْنِ، وَالأَخَوَاتِ مَعَ الأَخِ

هذا معطوف على الحر المتقدم؛ أي: لا طلب لهؤلاء لمن يعتبر عفوه عن غير الأولياء وإن كان وارثاً، وهذا استفيد مما قدمه المصنف بقوله: (**وَلا تَدْخُلُ بِنْتٌ عَلَى ابْنٍ وَلا أُخْتٌ عَلَى أَخٍ مِثْلِهَا**) وهو ظاهر المذهب وبه قال ابن القاسم وأشهب. وروى أشهب عن مالك أيضاً: إن عفا الذكور كلهم فحق أخواتهم في الدية باقٍ.

ابن المواز: وبالقول الأول قال من أدركنا من أصحاب مالك، ثم إن الأول مقيد بأن يعفو كل من له العفو في فور واحد، وأما لو عفا بعض من له ذلك ثم بلغ من بقي وعفا؛ فلا يضر ذلك من معهما من أخت وزوجة، لأنه مال ثبت بعفو الأول، قاله محمد.

فَإِنْ بَقِيَ مَنْ يُعْتَبَرُ عَفْوُهُ سَقَطَ نَصِيبُ الْعَافِي خَاصَّةً، وَلَوْ كَانَ مُفْلِساً صَحَّ، إلا أَنْ يَعْفُوَ بَعْدَ أَنْ تَعَيَّنَ الْمَالُ بِاتِّفَاقِهِمَا...

كما لو كانوا ثلاثة بنين فعفا أحدهم؛ فإنه يسقط نصيبه ويكون لمن لم يعفُ نصيبه من دية عمد، فإن كان مفلساً صح، إلا أن يعفو بعد أن تعين المال باتفاقهما؛ أي: ولو كان العافي مفلساً صح العفو، وهو واضح على قول ابن القاسم الذي لا يرى للولي إلا القصاص، وكذلك نص أشهب ورأى أن قدرة الولي على تملك هذا المال لا تصيره ملكاً له.

وقوله: (**إلا أَنْ يَعْفُوَ**) ظاهره أسقط مالاً بعد وجوبه. الضمير في (**اتِّفَاقِهِمَا**) يعود على الولي والجاني.

فَإِنْ كَانَ بَعْدَ عَفْوِ أَحَدِ الْوَلِيَّيْنِ بِشَيْءٍ أَوْ بِغَيْرِ شَيْءٍ، فَلَهُ أَخْذُ حِصَّتِهِ مِنْ دِيَةِ عَمْدٍ...

يعني: فإن عفا الولي بعد عفو الأول فللثاني حصته من دية عمد، وسواء كان عفو الأول على مال أو لا، وكان بعد عفو الأول عاد نصيب الثاني مالاً، وإن كان مفلساً لا يصح عفوه.

وَإِذَا عَفَا بَعْضُ مَنْ لَهُ الاسْتِيفَاءُ، فَإِنْ كَانَ الْجَمِيعُ رِجَالاً سَقَطَ الْقَوَدُ

لما تكلم على العفو باعتبار ما يتعلق به من سقوط الدية وعدم سقوطها، شرع فيما يتعلق به من سقوط القود وعدمه، ثم إن المستحق تارة يكون جميعهم رجالاً، وتارة يكون جميعهم نساءً، وتارة يجتمعان، وتكلم المصنف على الثلاثة، فقال: (**إِنْ كَانَ الْجَمِيعُ رِجَالاً سَقَطَ الْقَوَدُ**) وظاهره سواء كانوا أولاداً أو إخوة أو غيرهم كالأعمام والموالي، ولا خلاف في الأولاد والإخوة، وأما الأعمام ونحوهم فما ذكره المصنف هو لمالك وابن القاسم. وروى أشهب عن مالك في الموازية: عدم السقوط، وأن لمن بقي أن يقتل، وإن ثبت الدم بقسامة ونكل أحدهم؛ أقيم مكانه رجل من العشيرة.

ابن رشد: وإذا عفا أحد الأولياء عن الدم بعد ثبوته بالبينة أو بالقسامة أو أكذب نفسه بعد القسامة، فثلاثة أقوال؛ **أولها** لابن الماجشون: الدم والدية يبطلان. **ثانيها**: أن لمن لم يعفُ ولا أكذب نفسه حظه من الدية. **والثالث**: إن عفا كان لمن بقي حقه، وإن أكذب نفسه لم يكن لمن بقي شيء من الدية، وإن كانوا قد قبضوها ردوها، وهو مذهب ابن القاسم في المدونة وغيرها. قال: ويأتي في بطلان الدية بعفو أحد الأولياء من الدم ثلاثة أقوال؛ **أحدها**: أنها تبطل ولا شيء لمن بقي، وهو قول ابن الماجشون. [٧٠٧/ ب] **الثاني**: أن لمن بقي حظه من الدية بغير قسامة إن كان العفو بعد ثبوت الدم، أو بقسامة إن كان العفو قبلها. **والثالث**: تفرقة ابن القاسم بين أن يكون العفو قبل ثبوت الدم أو بعده، وساوى ابن القاسم بين العفو والنكول عن اليمين قبل القسامة، وفرق بعد القسامة بين أن يعفو أحد الأولياء أو يكذب نفسه، فجعل تكذيب نفسه بعد القسامة كعفوه عن الدم قبل القسامة، لا شيء لمن بقي من الدية.

وَإِنْ كُنَّ نِسَاءً نَظَرَ الْحَاكِمُ

هذه الصورة الثانية. قال في المدونة: وإن لم يترك إلا بنته أو أخته، فالابنة أولى بالقتل وبالعفو، وهذا إذا مات مكانه، وقال أيضاً فيها فيمن أسلم من أهل الذمة، أو رجل لا تعرف عصابته فقتل عمداً أو مات مكانه، وترك بنات: فلهن أن يقتلن، فإن عفا بعضهن وطلب بعضهن القتل، نظر في ذلك السلطان بالاجتهاد إذا كان ذلك عدلاً، فإن رأى العفو أو القتل أمضاه، وهذا الكلام هو الذي اختصره المصنف، والكلام الأول أولى بالذكر؛ لأن النساء فيه يحزن الميراث، فتتم المقابلة بسببه بين هذه المسألة والتي قبلها.

أبو عمران في مسألة المصنف: وإنما كان للإمام في ذلك؛ إذ هو بمنزلة العصبة، لأنه يرث لبيت المال ما بقي. قيل لأبي عمران: أرأيت إن لم يكن إمام عدل كوقتنا هذا، فقال: الذي يتبين لي ألا سبيل له في القتل إلا أن يكون فيه جماعة عدول مجتمعون وينظرون، فإن رأوا القتل قتلوا وينوبون مناب السلطان.

فَإِنْ كَانُوا رِجَالاً وَنِسَاءً؛ لَمْ يَسْقُطْ إِلا بِهِمَا أَوْ بِبَعْضِهِمَا، وَإِلا فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُقْتَصِّ ...

هذه هي الصورة الثالثة، وهي إنما تتصور إذا كانت النساء أقرب؛ لأنه قدم أنه لا كلام لهن مع المساوي. وقوله: (**لَمْ يَسْقُطْ**) أي: القود إلا باجتماعهما على العفو أو بعضهما؛ أي: بعض هذا الصنف وبعض هذا الصنف، وأحرى إذا اجتمع جميع صنف مع بعض الآخر.

وقوله: (**إِلا**) أي: وإن لم يكن ما تقدم، بل عفا أحد الصنفين وأراد الصنف الآخر القتل، وهذا مذهب المدونة؛ أن العفو لا يتم إلا بهما أو ببعضهما، وأن القول قول من أراد القتل منهما جميعاً، وهو إذا ثبت الدم بقسامة. وروي عن مالك: أن القول قول العصبة في

العفو والقتل. وروي أيضاً: أن القول قول من أراد القتل منهما جميعاً، ولو ثبت الدم ببينة وحاز النساء الميراث؛ فلا كلام للعصبة كما تقدم.

وَمَهْمَا أَسْقَطَ الْبَعْضُ تَعَيَّنَ لِبَاقِي الْوَرَثَةِ نَصِيبُهُمْ مِنْ دِيَةِ عَمْدٍ، وَكَذَلِكَ لَوْ عَفَا الْبَعْضُ أَوِ الْجَمِيعُ عَلَى الدِّيَةِ...

أي: مهما سقط القود بعفو بعض من له القود تعين لباقي الورثة نصيبهم من دية عمد، وكذلك لو عفا البعض أو الجميع على الدية لوجبت عليهم دية عمد.

ابن عبد السلام: ولو عفا البعض على جميع الدية فللباقين نصيبهم من حساب دية عمد، ثم يقيمون كلهم ما حصل لهم ويقتسمونه كأنهم اجتمعوا على الصلح به.

وَلَوْ قَالَ الْقَاتِلُ: إِنْ قَتَلْتَنِي فَقَدْ وَهَبْتُ لَكَ دَمِي، فَقَوْلانِ. قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَأَحْسَنُهُمَا أَنْ يُقْتَلَ، بِخِلافِ عَفْوِهِ بَعْدَ عِلْمِهِ أَنَّهُ قَتَلَهُ، فَلَوْ أَذِنَ فِي قَطْعِ يَدِهِ عُوقِبَ وَلا قِصَاصَ...

هذا الذي نسبه المصنف لابن القاسم، وذكر في الجواهر أن أبا زيد رواه عن ابن القاسم، وهو في العتبية لسحنون ففيها: سئل سحنون عن الرجل يقول: يا ليتني أجد من يقتلني، فقال له رجل: أشهد على نفسك أنك وهبت دمك وعفوت عني وأنا أقتلك، فأشهد لي على ذلك، فأشهد وقتله، فقال لي: قد اختلف في ذلك أصحابنا، والأحسن في ذلك أن يقتل القاتل؛ لأن المقتول عفا عن شيء لم يجب له وإنما يجب لأوليائه، ولا يشبه من قتل فأدرك حياً، فقال: أشهدكم أني قد عفوت عنه، قيل له: فلو قال له اقطع يدي فقطعها، فقال: لا شيء عليه؛ لأن هذا ليس بنفس، وإنما هو جرح.

وزاد في البيان ثالثاً: نفي القصاص لشبهة عفو المقتول عن دمه، وتكون الدية عليه في ماله، قال: وهو أظهر الأقوال.

وَلَوْ عَفَا عَنْ جُرْحِهِ أَوْ صَالَحَ فَمَاتَ، فَلِلأَوْلِيَاءِ أَنْ يَقْسِمُوهَا وَيَقْتُلُوا فِي الْعَمْدِ، والدِّيَةُ فِي الْخَطَإِ، وَيَرْجِعُ الْجَانِي فِيمَا أُخِذَ مِنْهُ. قَالَ أَشْهَبُ: إِلا أَنْ يَزِيدَ: وعَمَّا يَتَرَامَى إِلَيْهِ...

يعني: لو عفا المجروح عن جرحه أو صالح عليه بمال ثم مات المجروح، خير أولياء المجروح في إمضاء العفو والمصالحة، وفي نقض ذلك، ويرجعون إلى حقهم في النفس في العمد والدية في الخطأ بعد قسامتهم، وإن نقضوا ذلك رجع الجاني فيما دفع للمجروح إن كان دفع إليه شيئاً. قوله: **(قَالَ أَشْهَبُ... إلخ)** ظاهره أن المذهب: يخيرون ولو قال ذلك، وأشهب يقول: ليس لهم خيرة إذا قال ذلك.

ابن عبد السلام: اختلف شارحو المدونة هل يجوز الصلح عند ابن القاسم على هذه الزيادة التي ذكرها أشهب أو لا ؟ واعلم أن الصلح إما أن يقع بدون هذه الزيادة أو بها، فإن وقع بدونها في العمد والخطأ فثلاثة أقوال؛ **أولها**: التخيير كما قال المصنف. **ثانيها**: ليس لهم التمسك بذلك الصلح في العمد والخطأ إلا برضا القاتل؛ لأن من حقه في العمد أن يقول [٧٠٨/ أ]: عادت الجناية نفساً فليس لكم إلا القسامة والقود، وكذلك يقول في الخطأ: الدية وجبت على العاقلة، وهو قول أشهب. **والثالث** لابن القاسم: الفرق، فيخيرون في العمد ولا يختارون في الخطأ، وهو ظاهر المدونة عند صاحب البيان.

وأما الصلح على الزيادة المذكورة، فإن كان في جراح الخطأ والتي دون النفس كالموضحة؛ فلا خلاف أن الصلح فيها على هذه الزيادة لا يجوز، لأنه إن مات كانت الدية على العاقلة، فهو لا يدري يوم صالح ما يجب عليه، وهي خطأ، ففي البيان: يتخرج على قولين؛ **أحدهما**: لا يجوز، وهو قول ابن القاسم في العتبية، وظاهر ما في الواضحة. **والثاني**: أنه جائز؛ إذ لا غرر فيه، لأن دية الجراح إنما تجب على العاقلة كنفس، فإنه صالح عنها.

وأما جراح العمد فيما فيه القصاص والمصالحة فيه جائزة، على ظاهر المدونة ونص عليه ابن حبيب في الواضحة، خلاف ما نص عليه ابن القاسم في العتبية من المنع. وأما جراح العمد التي ليس فيها القصاص؛ فلا يجوز فيه الصلح على الموت، حكى ذلك ابن حبيب في الواضحة. قال في البيان: ولا أعرف فيه نص خلاف، وأما الصلح فيه على الجرح وحده دون الموت؛ فأجازه ابن حبيب فيما له دية مسماة كالمأمومة والمنقلة والجائفة، وقال أيضاً: لا يجوز فيه بعينه على ما يترامى إليه من زيادة، ولم يجز فيما الدية فيه مسماة إلا بعد البرء.

وَلَوْ صَالَحَ فِي الْعَمْدِ عَلَى مَالٍ أَكْثَرَ مِنَ الدِّيَةِ أَوْ أَقَلَّ إِلَى أَيِّ أَجَلٍ كَانَ جَازَ؛ لأَنَّهُ دَمٌ لا مَالٌ...

أي: لو صالح الجاني. وما ذكره ظاهر على قول ابن القاسم؛ لأن الواجب إنما هو القصاص؛ إذ لا مانع، وأما على قول أشهب فيحتمل أن يقال فيه بالمنع إذا صالح على مال أكثر لا يلزم من فسخ الدين في الدين، لكن شرط أن يضم إلى هذا اعتبار قاعدة: من خير بين شيئين يعد منتقلاً، وقد يقال: إن دية العمد لم تتقرر، وهذا هو الذي نص عليه أشهب، فقد أجاز في الواضحة الصلح على ذهب أو ورق أو عرض مثل الدية أو أكثر منها إلى أجل أو نقداً.

وَلَوْ صَالَحَ فِي الْخَطَإِ اعْتُبِرَ بَيْعُ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ لأَنَّهُ مَالٌ

لأن الواجب في الخطأ مال. وقوله: (**بَيْعُ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ**) إنما يظهر إذا كان المصالح الجاني. وأما إن صالحت العاقلة؛ فهو فسخ الدين في الدين. ثم قوله: (**اعْتُبِرَ بَيْعُ الدَّيْنِ بِالدَّيْنِ**) فيه قصور؛ لأنه يقتضي الجواز في النقد مطلقاً، الورق عن الذهب وبالعكس؛ لأنه صرف مستأخر، وهو ظاهر.

وَكَذَلِكَ يُعْتَبَرُ عَفْوُهُ مِنَ الثُّلُثِ وَتُحَاصُّ الْعَاقِلَةُ مَعَ ذَوِي الْوَصَايَا فِي ثُلُثِهَا وَثُلُثِ غَيْرِهَا إِنْ كَانَ...

أي: ولأجل أن الخطأ مال إذا عفا عنها لم يصح عفوه عنها إلا في الثلث، فإن خرجت من الثلث صحت الوصية، وإلا وقف الزائد على الثلث على رضا الورثة، ولو أوصى بوصايا أُخَر لتحاصت العاقلة مع أهل الوصايا الأُخَر في ثلث الدية وثلث غيرها، (**إِنْ كَانَ**) أي: إن كان له مال غير الدية.

وَيَدْخُلُ فِي ثُلُثِهَا مَنْ أَوْصَى لَهُ بَعْدَ سَبَبِهَا، أَوْ بِثُلُثِهِ قَبْلَهَا، أَوْ بِشَيْءٍ إِذَا عَاشَ بَعْدَهَا مَا يُمْكِنُهُ التَّغْيِيرُ فَلَمْ يُغَيِّرْ...

أي: في ثلث الدية وصية من أوصى له بعد طروء سببها، وهو الجرح أو إنفاذ المقاتل، وكذلك يدخل في ثلثها وصية من أوصى له بثلث ماله قبلها؛ أي: حدوث سببها، وكذلك أيضاً يدخل في ثلثها من أوصي له بشيء معين كدار وعبد.

قوله: (**إِذَا عَاشَ**) شرط فيما يوصى به قبل سببها، و(**مَا**) في قوله: (**مَا يُمْكِنُهُ**) مصدرية ظرفية؛ أي: مدة يمكنه فيها التغيير، واحترز بذلك مما لو غم بعد الضرب أو الجرح أو الموت، فإنه لا يدخل الوصايا فيها.

بِخِلَافِ الْعَمْدِ، فَإِنَّهُ لَا مَدْخَلَ لِلْوَصِيَّةِ فِيهِ، وَإِنْ كَانَ يُورَثُ كَمَالِهِ وَيَغْرَمُ الدَّيْنَ مِنْهُ...

أي: لأن العمد ليس بمال، فإذا قبلت الدية بعد موته؛ فهو مال طارئ بعد الموت فلا تدخل فيه الوصايا. قال في المدونة: ولو أن الموصي قال: إن قبل أولادي الدية فوصيتي فيها أو أوصي بمثلها؛ لم يجز، ولا يدخل منها في ثلثه شيء؛ لأن ذلك عند الموت يوم أوصى مال مجهول، محمد: بل لا مال له، ولهذا قال بعضهم: لو أنفذ له مقتل وبقي حياً

يتكلم فقبل أولاده الدية وعلم بها لدخلت فيها وصاياه؛ لأنه مال علم به قبل زهوق نفسه. وقوله: (**وَإِنْ كَانَ يُورَثُ كَمَالِهِ... إلخ**). فيعني أنه لا يضر في سلب المالية كونه يورث عنه، ويغرم منه الدين؛ لأنه مال لم يعلم، أو ليست بمال حقيقة، فتأمله.

وَصُلْحُ الْجَانِي يَمْضِي عَلَى الْعَاقِلَةِ كَالْعَكْسِ

هذا ظاهر؛ لأن العاقلة تؤدي الدية من أموالهم ولا يرجعون بها عليه، فكما لا يلزم الأجنبي ما صالح عنه غيره كذلك هنا، وكذلك العكس.

وَلِلْقَاتِلِ الاسْتِحْلافُ عَلَى الْعَفْوِ، فَإِنْ نَكَلَ رُدَّتْ يَمِيناً وَاحِدَةً، فَإِنْ حَلَفَ بَرِئَ، وَإِنِ ادَّعَى بَيِّنَةً غَائِبَةً تُلُوِّمَ لَهُ، وَقَالَ أَشْهَبُ: لا يَمِينَ عَلَى وَلِيِّ الدَّمِ؛ لأَنَّ يَمِينَ الدَّمِ لا يَكُونُ إِلا خَمْسِينَ...

يعني: إذا ادعى القاتل على ولي الدم أنه عفا عنه وأنكر؛ فله أن يستحلفه على أنه لم يعفُ، هذا هو المشهور. وقال أشهب [٧٠٨/ ب] في الموازية: ليس له أن يستحلف؛ لأن اليمين لا تكون في استحقاق الدم إلا خمسين يميناً، والقاتل يريد أن يجيب عليه قسامة أو بينة، ولو قال: يحلف؛ أي: يميناً واحدة؛ لم يكن له ذلك، أرأيت لو استحلفه فلما قدم ليقتل قال: قد عفا عني استحلفه، ولو رد على المشهور أن لاعتبار الدعوى بمجردها معارضاً بعدم اعتبار دعوى المرأة الطلاق على زوجها، والعبد على سيده الحرية، وفرق بأن القتل نادر.

وقوله: (**فَإِنْ نَكَلَ**) هو تفريع على المشهور؛ أي: نكل ولي الدم ردت اليمين على القاتل. قال ابن يونس: فيحلف يميناً واحدة لا خمسين؛ لأن المدعى عليه إنما يحلف يميناً واحدة أنه ما عفا، وهي المردودة، فإن حلف القاتل برئ وإلا قتل. وقوله: (**وَإِنِ ادَّعَى بَيِّنَةً غَائِبَةً تُلُوِّمَ لَهُ**) هكذا قال في المدونة.

وَمَنْ وَرِثَ قِصَاصاً عَلَى نَفْسِهِ أَوْ قِسْطاً مِنْهُ سَقَطَ الْقَوَدُ، كَأَرْبَعَةِ إِخْوَةٍ قَتَلَ أَحَدُهُمْ أَبَاهُ ثُمَّ مَاتَ أَحَدُ الْبَاقِينَ؛ فَيَسْقُطُ الْقِصَاصُ وَلِبَقِيَّةِ الإِخْوَةِ حَظُّهُمْ مِنَ الدِّيَةِ...

يعني: إذا ملك بالميراث دم نفسه سقط القود عنه؛ لأنه لا يباح له قتل نفسه، وكذلك أيضاً إذا ورث جزءه؛ لأنه ملك من دمه حصة فهو كالعضو، ولبقية أصحابه حظهم من الدية. قال: إلا أن يكون من الأولياء الذين من قام منهم بالدم فهو أولى، فلمن بقي أن يقتلوا، وإذا سقط عنه القصاص بالإرث فإنه يضرب مائة ويحبس سنة.

وقوله: (**ثُمَّ مَاتَ أَحَدُ الْبَاقِينَ**) الثلاثة . . . ثلث دم القاتل منه ثلثه وهو التسع، فيسقط عنه القصاص، ويكون لكل آخر عليه أربعة أتساع الدية.

أَوْ يَقْتُلُ الثَّانِي الْكَبِيرَ، ثُمَّ يَقْتُلُ الثَّالِثَ الصَّغِيرَ؛ سَقَطَ الْقِصَاصُ عَنِ الثَّانِي وَيَثْبُتُ لَهُ عَلَى الثَّالِثِ، فَإِنْ عَفَا قَاصَّهُ بِنِصْفِ الدِّيَةِ...

يقتل الثاني في مسألة الإخوة الأربعة الكبير منهم فيرث الأخ المقتول الثالث والصغير، فيكون بينهما دم الأخ الثاني للقاتل نصفين، فلما قتل الثالث الصغير ورث الآخر الثاني الصغير دون الثالث، فيصير له نصف دم نفسه الذي كان بيد الصغير، فيسقط القصاص ويكون هو ولي الصغير في القيام، فإن عفا عن الثالث قاصه بنصف الدية الذي كان عليه من قبل أخيه الكبير وأخذ منه النصف الباقي، وإن قتله دفع لورثته ما وجب لميتهم عليه؛ وهو نصف ديته.

فَلَوْ قَتَلَ أَحَدُ الابْنَيْنِ أَبَاهُ وَالآخَرُ أُمَّهُ، فَقِيلَ: لِكُلٍّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْقِصَاصُ، وَيَجْتَهِدُ الْحَاكِمُ فِي الْبِدَايَةِ؛ فَمَنْ بَدَأَ بِهِ فَلِوَرَثَتِهِ أَنْ يَقْتُلُوا الآخَرَ. وَقِيلَ: يَسْقُطُ الْقِصَاصُ عَنْهُمَا وَيَجِبُ لأَحَدِهِمَا دِيَةُ الأَبِ وَلِلآخَرِ دِيَةُ الأُمِّ...

صورة المسألة من كلامه ظاهرة، واجتهاد الحاكم على القول الأول ليس بظاهر، وينبغي أن يقرع، والقول الثاني لسحنون وابن عبدوس، واحتجا بأن لكل واحد أن يقول: اقتلوا هذا قبلي، وهو قول ابن المواز، قال: ويسجنان سنة ويجلدان مائة.

وَفِي كَوْنِ إِرْثِهِ عَلَى نَحْوِ الْمَالِ أَوْ عَلَى نَحْوِ الاسْتِيفَاءِ قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ ...

الضمير في (**إِرْثِهِ**) عائد على القصاص، والقتل المفهوم من السياق نحو ميراث المال، فيدخل الذكور والإناث، وإن تساووا في الدرجة، وتدخل الزوجة وغيرها ويكون لهم العفو والقصاص كالعصبة، وهو قول ابن القاسم في المدونة، أو على نحو ميراث استيفاء الدم، فلا تدخل الإناث إلا أن يكون أعلى من الذكور، وهو قول أشهب.

وَيُكْرَهُ قِصَاصُ الابْنِ مِنْ أَبِيهِ. قَالَ مَالِكٌ: يُكْرَهُ تَحْلِيفُهُ فَكَيْفَ بِقَتْلِهِ

هكذا عبر مالك بالكراهة، حملها أبو عمران على المنع وهو ظاهر، وقد قدم المصنف ما يدل عليه، وهو قوله: (**وَشَرْطُ الْقِصَاصِ أَنْ يَكُونَ الْقَائِمُ بِالدَّمِ غَيْرَ وَلَدِ الأَبِ**) قيل: وإذا لم يقتص منه فإنه يضرب مائة ويسجن عاماً.

* * *

كِتَابُ الدِّيَاتِ

لما فرغ من الموجب الأول وهو القصاص شرع في الموجب الثاني وهو الدية، والديات بتخفيف الياء جمع دية، وجمعها لتعددها.

عياض: أصلها من الودى وهو الهلاك، ومنه أودى فلان إذا هلك، فلما كانت تلزم من الهلاك سميت بذلك لكونها بسببه، وقد تكون أيضاً من التودية وهو شد أطباء الناقة لئلا يرضعها الفصيل ومنعه من ذلك، فكأن الدية تمنع من يطلب بها من فعل ما يوجبها كما يمنع ذلك القصاص والحدود، ويحتمل أن يكون من قولهم: ودأت الشيء - مهموز - أي أصلحته، ثم سهل همزها.

وَدِيَةُ الذَّكَرِ الْحُرِّ الْمُسْلِمِ فِي الْخَطَأِ إِنْ كَانَ الْجَانِي مِنَ الْبَادِيَةِ مِائَةٌ مِنَ الإِبِلِ مُخَمَّسَةٌ: بِنْتُ مَخَاضٍ، وَبِنْتُ لَبُونٍ، وَابْنُ لَبُونٍ، وَحِقَّةٌ، وَجَذَعَةٌ. وَمِنْ أَهْلِ الذَّهَبِ كَالشَّامِ وَمِصْرَ وَالْمَغْرِبِ أَلْفُ دِينَارٍ، وَمِنْ أَهْلِ الْوَرِقِ كَالْعِرَاقِ وَفَارِسَ وَخُرَاسَانَ اثْنَا عَشَرَ أَلْفَ دِرْهَمٍ ...

احترز بالذكورية والحرية والإسلام والخطأ مما قابلها وسيأتي ذلك.

وقوله: (**مِائَةٌ**) مرفوع خبر دية، و(**مُخَمَّسَةٌ**) صفة لـ(**مِائَةٌ**)، و(**بِنْتُ مَخَاضٍ**) خبر ابتداء محذوف [٧٠٩/ أ]؛ أي: خمسها بنت مخاض.

وجعل أصبغ وابن حبيب أهل المدينة ومكة أهل ذهب.

وقال أشهب: أهل الحجاز أهل إبل وأهل مكة منهم، وأهل المدينة أهل ذهب.

وما ذكره المصنف أن أهل المغرب من أهل ذهب نحوه في الجلاب.

وقال ابن حبيب: أهل الأندلس أهل ورق.

الباجي: وهو يحتمل أن يكون خلافاً لما في الجلاب، ويحتمل أن يجمع بينهما بأن مراد ابن الجلاب: ما عدا الأندلس.

الباجي: وعندي ينظر إلى غالب أحوال الناس في البلاد فأي بلد غلب على أهله شيء كانوا من أهله، وإن انتقلت الأحوال وجب أن تنتقل الأموال، وقد أشار أصبغ إلى ذلك بقوله: فمكة والمدينة هم اليوم أهل ذهب، ولا يؤخذ عندنا في الدية غير هذا لا بقر ولا غنم ولا عرض.

وَفِي الْعَمْدِ مُرَبَّعَةٌ بِإِسْقَاطِ ابْنِ اللَّبُونِ

فتكون خمساً وعشرين بنت مخاض، وخمساً وعشرين بنت لبون، وخمساً وعشرين حقة، وخمساً وعشرين جذعة.

قال في الجواهر: ولوجوب دية العمد سببان: العفو على دية مبهمة، وعفو بعض الأولياء، فرجع الآخر إلى الدية فهي كدية الخطأ إلا أن العاقلة لا تحمل منها شيئاً، وتنجم على الجاني ثلاث سنين، وإنما تفترق من دية الخطأ فإن العاقلة لا تحملها.

وَفِي أَهْلِ الذَّهَبِ وَالْوَرِقِ قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: كَالْخَطَأِ، وَقَالَ أَشْهَبُ: يُزَادُ نِسْبَةُ مَا بَيْنَ التَّرْبِيعِ وَالتَّخْمِيسِ، وَقِيلَ: قِيمَةُ الإِبِلِ الْمُغَلَّظَةُ مَا لَمْ تَنْقُصْ...

يعني: اختلف إذا وجبت على أهل الذهب والورق دية عمد على ثلاثة أقوال لابن القاسم، ورواه عن مالك أنها كالخطأ وأن التغليظ خاص بالإبل؛ لأن التغليظ في الإبل لا يخرج عن القدر الواجب بخلاف التغليظ في الذهب والورق، وتصور القول الثاني من كلامه ظاهر.

وقوله في القول الثالث: (**الإِبِلِ الْمُغَلَّظَةُ**) أي: في دية العمد، ولا يقال: المغلظة في شبه العمد؛ لأن مالك لم يقدم لها ذكر.

وَدِيَةُ الْخَطَأِ عَلَى الْعَاقِلَةِ مُنَجَّمَةٌ ثَلاثَ سِنِينَ

نقل الترمذي في كتابه الإجماع على هذا، قال صاحب الاستذكار: ولا خلاف بين العلماء أنها في ثلاث سنين شذوذ، والأظهر في (**مُنَجَّمَةٌ**) الرفع على الخبر، ويحتمل النصب على الأول، ويكون (**ثَلاثَ سِنِينَ**) الخبر.

وَالْعَمْدُ فِي مَالِ الْجَانِي كَذَلِكَ، وَقِيلَ: حَالَّةٌ

هذا الثاني هو المشهور، وقول المصنف (**قِيلَ**) ليس بظاهر، والقول بأنها كذلك؛ أي منجمة في الموازية.

وَتُغَلَّظُ الدِّيَةُ عَلَى الآبَاءِ وَالأُمَّهَاتِ دُونَ غَيْرِهِمْ فِي الْعَمْدِ الَّذِي لا يُقْتَلُ بِهِ كَمَا لَوْ جَرَحَهُ بِحَدِيدَةٍ وَشِبْهِهَا وَهُوَ عَمْدٌ، وَلِذَلِكَ لا يَرِثُ مِنْ مَالِهِ، وَيُقْتَلُ غَيْرُهُمْ فِي شِبْهِ الْعَمْدِ عَلَى الْقَوْلِ بِهِ كَفِعْلِ الْمُدْلِجِيِّ بِابْنِهِ...

جمع (**الآبَاءِ وَالأُمَّهَاتِ**) ليدخل الأجداد والجدات كما تقدم دون غيرهم من الأعمام ونحوهم.

وقوله: (**كَمَا لَوْ جَرَحَهُ**) مثال، وقوله: (**وَهُوَ عَمْدٌ**) إنما أعاد ذلك لدفع أن يكون المراد بقوله: (**فِي الْعَمْدِ**) المجاز لوصفه بأنه لا يقتل به، (**وَلِذَلِكَ**) أي: أنه عمد وهو ظاهر.

وأشار بصفة (**الْمُدْلِجِيِّ**) إلى ما رواه مالك في الموطأ عن يحيى بن سعيد عن عمرو بن شعيب: أن رجلاً من بني مدلج - يقال له: قتادة - حذف ابنه بالسيف فأصاب ساقه فنُزِيَ فمات فقدم سراقة بن جعشم على عمر بن الخطاب رضي الله عنه فذكر له ذلك، فقال عمر: اعدد لي على ماء قديد عشرين ومائة بعير حتى أقدم عليك، فلما قدم عمر أخذ من تلك الأبل ثلاثين حِقَّةً وثلاثين جَذَعَةً وأربعين خَلِفَةً، ثم قال: أين أخو المقتول؟ قال: هأنذا، قال: خذها فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «**لَيْسَ لِقَاتِلٍ شَيْءٌ**».

وَتَغْلِيظُهَا بِالتَّثْلِيثِ حِقَّةٌ وَجَذَعَةٌ وَأَرْبَعُونَ خَلِيفَةً فِي بُطُونِهَا أَوْلادُهَا

زاد ابن الجلاب بعد قوله (**فِي بُطُونِهَا أَوْلادُهَا**): غير محدودة أسنانها، وهذا هو المشهور.

قال أشهب وعبد العزيز بن أبي سلمة: بين ست إلى بازل علمها.

وقوله: (**بِالتَّثْلِيثِ**) متعلق بـ(**تَغْلِيظُهَا**) وسقط (**تَغْلِيظُهَا**) في بعض النسخ، فيتعلق (**بِالتَّثْلِيثِ**) بقوله أولاً: (**وَتُغَلَّظُ**).

وَبِحُلُولِهَا

معطوف على التثليث؛ أي: وتغلظ بحلولها.

وَفِي كَوْنِهَا مِنْ مَالِهِ حَالَّةً لا عَلَى الْعَاقِلَةِ ثَالِثُهَا: إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ فَعَلَيْهِ

يعني: أنه اختلف في الدية المغلظة على ثلاثة أقوال:

المشهور: أنها حالة في ماله.

والقول **الثاني**: أنها على العاقلة، ولم يبين هل حالة أو منجمة، والظاهر أنه أراد التنجيم، وهو قول ابن القاسم في الموازية، وحكى سحنون قولاً أنها على العاقلة حالة، فقال في كتاب ابنه: أجمع أصحابنا أنها حالة، واختلفوا في أخذها من العاقلة أو الأب.

والقول **الثالث** من كلام المصنف: إن كان للأب مال فعليه وإلا فعلى العاقلة حالة، هكذا نقله ابن حبيب عن مطرف، وإذا أوجبناها على الجاني فحكى الاتفاق على الحلول، ويمكن أن يخرج فيها قول بتنجيمها من الشاذ في دية العمد.

وَتُغَلَّظُ فِي الذَّهَبِ وَالْوَرِقِ عَلَى الْمَشْهُورِ فَتُقَوَّمُ الدِّيَتَانِ وَتُزَادُ نِسْبَةُ مَا بَيْنَهُمَا

أي: وتغلظ في الدراهم والدنانير على المشهور، والمشهور [٧٠٩/ ب] مذهب المدونة، وهو أيضاً في الموازية، ثم رجع مالك في الموازية إلى التغليظ، وحكى في البيان في تغليظ المربعة وتغليظ المثلثة وهو قول ابن القاسم وروايته عن مالك وقول ابن نافع وهو أولى الأقوال؛ إذ قيل في دية العمد: إذا قبلت أنها مخمسة مؤجلة، قال: واختلف في صفة التغليظ على ثلاثة أقوال:

الأول: أنه الأولى أنه ينظر إلى قيمة الدية المخمسة وإلى قيمة أسنان دية المربعة والمثلثة إن كان بالإبل، أصبغ: وإن كان غير بلد إبل ففي أقرب بلدان الإبل إليهم.

فإن كان خمس أو ربع أو ثلث أو أقل أو أكثر فذلك الجزء من الألف أو الاثنا عشر ألف درهم تزاد عليه أنه يزاد على الألف مثقال أو الاثني عشر ألف درهم ما بين القيمتين من العددين غير نسبة، وهذا القول في المعنى أظهر، والأول أشهر.

والثالث: تقدم الدية المثلثة أو المربعة فتكون الدية ما كانت إلا أن ينقص من الألف دينار أو الاثني عشر ألف درهم فلا ينقص شيء، والقول بالنسبة هو المشهور، ولذلك اقتصر المصنف هنا عليه.

ونقل في الكافي رابعاً: أنه يؤخذ منه ما بين القيمتين إلى أن يبلغ دية وثلثاً، فلا يزاد على ذلك، وإذا قومنا دية الخطأ والدية المثلثة والمربعة فتقوم المغلظة حالة، واختلف في دية الخطأ فعن بعض القرويين تقويمها أيضاً حالة، وقال ابن يونس: بل تقوم على تأجيلها حسبما جعلت.

وَتُغَلَّظُ أَيْضاً فِي الْجِرَاحِ عَلَى الأَصَحِّ

فتكون في المأمومة والجائفة ثلث الدية المغلظة، والأصح لمالك في المدونة والمبسوط وصححه، والله أعلم لعدم الغرور، وغير الأصح لمالك في المختصر؛ لأن التغليظ مُدْرَكُه التوقيف، والنفس أعظم فغلظ فيها دون غيرها.

وفي المسألة قول ثالث لعبد الملك وسحنون: الفرق بين ما يقتص فيه من الأجنبي فيغلظ فيه، وبين ما لا يقتص فيه من الأجنبي كالجائفة فلا يغلظ، قال غير واحد: وهو الأصح في النظر.

وعن ابن القاسم قول رابع: أن التغليظ إنما هو ما بلغ ثلث الدية فأكثر.

وَالتَّغْلِيظُ فِي الْمَجُوسِيِّ يَقْتُلُ ابْنَهُ عَلَى الأَصَحِّ إِذَا حَكَمَ بَيْنَهُمْ

القول بعدم التغليظ لعبد الملك، وأنكره سحنون، وقال أصحابنا: إنها تغلظ عليه إذا حكم بينهم؛ لأن علة التغليظ سقوط القود، قال: ولم أر قوله في شيء من السماعات، ولهذا صحح المصنف القول بالتغليظ، ونقل في النوادر عن مالك والمغيرة كقول عبد الملك.

وَدِيَةُ الْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ وَالْمُعَاهِدِ نِصْفُ دِيَةِ الْمُسْلِمِ

لما تكلم على دية المسلم شرع في منتقضاتها في أربعة: كفر، وأنوثة، ورق، وكونه جنيناً، ودليل ما ذكره المصنف ما رواه الترمذي وحسنه عنه عليه الصلاة والسلام: «**عقل الكافر نصف عقل المؤمن**».

وفي النسائي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «**عقل الذمة نصف عقل المسلمين**» وهم اليهود والنصارى.

وحذف المصنف من الأول صفة؛ أي دية اليهودي والنصراني غير المعاهد؛ أي الذميين لدلالة قسيمه على ذلك، وإلا فقد يكون المعاهد أيضاً نصرانياً أو يهودياً.

وَدِيَةُ الْمَجُوسِيِّ ثَمَانِمِائَةِ دِرْهَمٍ

هكذا رواه في الموطأ عن سليمان بن يسار، قال مالك: وهو الأمر عندنا.

وَفِي الْمُرْتَدِّ ثَلاثَةٌ: دِيَةُ الْمَجُوسِيِّ، وَدِيَةُ مَا ارْتَدَّ إِلَيْهِ، وَالسُّقُوطُ

أي: ثلاثة أقوال: والقول بأن ديته كالمجوسي لابن القاسم وأشهب وأصبغ؛ لأنه كان لا يُقَرُّ، وتجب استتابته كأن قاتله قد قتل كافراً محرم القتل فوجب على قاتله أقل ديات القاتل وهو المجوسي؛ لأن ما زاد عليه مشكوك فيه.

وثانيها: دية الذين ارتد إليهم وهو لأشهب أيضاً؛ لأنه لما كان يستتاب فإذا قتل وهو نصراني فقد قتل نصرانياً محرم الدم.

والسقوط لسحنون وهو استحسان مراعاة لمن لا يرى؛ أي: استتابته.

وَدِيَةُ نِسَاءِ كُلِّ صِنْفٍ عَلَى النِّصْفِ مِنْ دِيَةِ رِجَالِهِمْ، نُقِلَ الإِجْمَاعُ عَلَى ذَلِكَ، وَدِيَةُ جِرَاحِهِمْ كَجُرْحِ الْمُسْلِمِ مِنْ دِيَتِهِ...

فتكون مأمومة كل منهم وجائفته ثلث ديته نصف وعشر ديته، وهو واضح.

وَأَمَّا الرَّقِيقُ فَقِيمَتُهُ وَإِنْ زَادَتْ عَلَى دِيَةِ الْحُرِّ

لأنه مال فكان كسائر السلع ولا خلاف فيه عندنا.

وَأَمَّا الْجَنِينُ فَغُرَّةٌ عَبْدٍ أَوْ أَمَةٍ

سيأتي هذا إن شاء الله.

وَفِي الْجِرَاحِ كُلِّهَا الْحُكُومَةُ إِلا أَرْبَعَةً: الْمُوضِحَةُ: نِصْفُ عُشْرِ الدِّيَةِ، وَالْمُنَقِّلَةُ: عُشْرٌ وَنِصْفُ عُشْرِ الدِّيَةِ. وَالْمَأْمُومَةُ: ثُلُثُ الدِّيَةِ، وَالْجَائِفَةُ مِثْلُهَا وَهِيَ: مَا أَفْضَى إِلَى الْجَوْفِ وَلَوْ مَدْخَلَ إِبْرَةٍ...

سيأتي تفسير (**الْحُكُومَةُ**)، وقوله: (**إِلا أَرْبَعَةً**) لما في كتابه عليه الصلاة والسلام لعمرو بن حزم: «**وفي المأمومة ثلث الدية، وفي الجائفة مثلها، وفي الموضحة خمس**».

وفي رواية مالك: وفي المنقلة خمس عشرة فريضة.

قال في المقدمات: واتفق على ذلك العلماء، وروي أن عمر وعثمان رضي الله عنهما قضيا في الملطاة بنصف دية الموضحة، وهو مذهب ابن كنانة.

وقوله: (**وَهِيَ**) تفسير الجائفة، وهو واضح.

وَتَخْتَصُّ بِالْبَطْنِ [١٠/٧١٠أ] وَالظَّهْرِ كَمَا تَخْتَصُّ الْمُوضِحَةُ وَأَخَوَاتُهَا بِعَظْمِ الرَّأْسِ وَالْوَجْهِ دُونَ الأَنْفِ وَاللَّحْيِ الأَسْفَلِ...

لا خلاف في اختصاص الجائفة بالظهر، وأراد بـ(**أَخَوَاتُهَا**) المأمومة والمنقلة، ووقع في بعض النسخ: (**وَأُخْتَاهَا**) وهي أحسن، وتصور كلامه ظاهر، ونحوه في المدونة وغيرها.

وَأَمَّا الْهَاشِمَةُ: فَلَمْ يَذْكُرْهَا مَالِكٌ فَقِيلَ: مِثْلُ الْمُنَقِّلَةِ، وَقِيلَ: مِثْلُ الْمُوضِحَةِ وَحُكُومَةٌ، وَقِيلَ: مَا فِي الْمُوضِحَةِ أَوْ مَا يَئُولُ إِلَيْهِ مِنْ مُنَقِّلَةٍ أَوْ مَأْمُومَةٍ ...

القول الأول هو الذي يأتي على كلام ابن القاسم؛ لأنه قال: ما من هاشمة إلا وتعود منقلة، وعليه كان يناظر الأبهري.

والقول بأن فيها ما في الموضحة وحكومة لابن القصار

والقول الثالث نسبه ابن شاس للباجي فقال: وقال القاضي أبو الوليد ما في الموضحة فإن صارت منقلة فخمسة عشر، وإن صارت مأمومة فثلث الدية، وذكر ابن عبد البر أن فيها عشراً عند الجمهور، ونحوه في المقدمات؛ لأن فيها: ودية الهاشمة عند من عرفها - وهم الجمهور- عشر من الإبل وهو مذهب الشافعي وأبي حنيفة، وروي ذلك عن زيد بن ثابت، ولا مخالف له من الصحابة رضي الله عنهم.

وَأَمَّا هَاشِمَةُ الْبَدَنِ وَمُنَقِّلَتُهُ وَغَيْرُهُمَا فَالاجْتِهَادُ

يعني: أن التقدير في المنقلة والهاشمة إنما هو إذا كانا في الرأس، وأما إذا كانا في البدن فليس فيهما إلا الاجتهاد كغيرهما من سائر الجراحات.

وَلَوْ تَعَدَّدَتِ الْمُوضِحَاتُ وَالْمُنَقِّلاتُ وَالْمَأْمُومَاتُ بِحَيْثُ يَكُونُ مَا بَيْنَهَا لَمْ يَبْلُغِ الْعَظْمَ تَعَدَّدَتِ الدِّيَاتُ، وَلَوْ كَانَتْ مِنْ ضَرْبَةٍ، بِخِلافِ مَا لَوْ كَانَتْ مُتَّسِعَةً مِنْ قَرْنِهِ إِلَى قَرْنِهِ مِنْ ضَرْبَةٍ أَوْ ضَرَبَاتٍ فِي فَوْرٍ وَاحِدٍ...

إذا تعددت المواضح والمنقلات والمأمومات تعدد الواجب فيها بشرط أن يكون ما بين المواضح لم يبلغ العظم، وما بين المنقلات لم يبلغ العظم، وما بين المأمومات لم يبلغ الدماغ، وقول المصنف: (**بِحَيْثُ يَكُونُ مَا بَيْنَهَا لَمْ يَبْلُغِ الْعَظْمَ**) خاص بالمواضح، واكتفى بذلك عن ذكر المأمومات والمنقلات اختصاراً، أما لو اتسعت المواضح أو غيرها بضربة واحدة أو بضربات في فور، فليس فيها إلا دية واحدة.

وَإِذَا نَفَذَتِ الْجَائِفَةُ فَدِيَةُ الْجَائِفَتَيْنِ عَلَى الأَصَحِّ

إذا ضربه من بطنه فخرجت من ظهره أو بالعكس فقولان - وهما في المدونة - والأصح هنا اختيار ابن القاسم وبه أخذ أشهب وابن عبد الحكم ومحمد ودليله ما رواه أشهب عن الصديق رضي الله عنه أنه قال في جائفة نافذة من الجانب الأيسر: فدية جائفتين.

واختار اللخمي الأول، قال: لأنها إذا جعل فيها ثلث الدية لغررها؛ إذ قد تصادف مقتلاً إما القلب أو الكبد أو غير ذلك إنما يخشى في حين الضربة من خارج، وهي إذا تمادت حتى بلغت الجانب الآخر لم يكن فيها إلا ثلث واحد لعودها إذا نفذت من داخل إلى خارج لا غرر فيه.

وَمَعْنَى الْحُكُومَةِ: أَنْ يُقَوَّمَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ عَبْداً سَالِماً بِعَشَرَةٍ مَثَلاً ثُمَّ يُقَوَّمَ مَعَ الْجِنَايَةِ بِتِسْعَةٍ فَالتَّفَاوُتُ عُشْرٌ فَيَجِبُ عُشْرُ الدِّيَةِ، وَذَلِكَ بَعْدَ انْدِمَالِ الْجُرْحِ فَلَوْ لَمْ يَبْقَ شَيْنٌ فَلا شَيْءَ...

تصوره ظاهر، والتقويم هنا كالتقويم في تقويم عين السلعة المبيعة.

وقوله: (**عَبْداً**) منصوب على الحال، و(**مَثَلاً**) إما منصوب على المصدر؛ أي: مثل مثلاً، أو بفعل مقدر أي يقدر مثلاً، وما ذكره المصنف هو المعروف، وفي تفسير ابن مزين: أن الحكومة هو اجتهاد الإمام ومن حضره.

عياض: وظاهره عند بعضهم خلاف الأول، وإلى الخلاف في ذلك أشار أبو عمران، وقال: هو الذي كنا نقول قبل أن نرى القول الآخر.

وقوله: (**وَذَلِكَ**) أي: التقويم، وقد تقدم هذا.

فَلَوْ كَانَ أَرْشُ الْجِرَاحِ مُقَدَّراً انْدَرَجَ الشَّيْنُ، وَفِي شَيْنِ الْمُوضِحَةِ قَوْلانِ

لأن الشارع جعل فيها أرشاً مقدراً ولم يفرق مع أن الجراح قد تشين، وذكر (**فِي شَيْنِ الْمُوضِحَةِ**) قولين:

الأول: قال ابن زرقون: يزاد فيها لأجل الشين قليلاً كان أو كثيراً؛ لأن الشين لا يلزمها غالبا فليست كالمأمومة والجائفة والمنقلة.

والثاني: قول أشهب: أنه لا يزاد فيها مطلقاً، وروى ابن نافع عن مالك ثالثاً بالتفصيل يزاد فيها إلا أن يكون شيئاً يسيراً.

قَالَ مَالِكٌ: مَا عَلِمْتُ أَجْرَ الطَّبِيبِ مِنْ أَمْرِ النَّاسِ

يعني: لم يمض عمل بإلزام الجاني أجر الطبيب المداوي للجرح.

ابن عبد السلام: ونقل بعض الشيوخ أن الفقهاء السبعة يرون القضاء بأجر الطبيب فيما دون الموضحة، وهذا إن صح يوجب أن يكون هو المذهب؛ لأن مالكاً إنما أسقطه لأنه لم يعلمه من أمر الناس، وإذا ثبت أنه من أمر هؤلاء العلماء الذين عادته الرجوع إلى بعضهم فضلاً عن جميعهم، ولا يلزم من هذا أن مالكاً مقلد؛ لأن كلامه يشعر بأن موجب الرجوع عنده بأجرة الطبيب قائم، وإنما منعه من اعتباره مخالفة الماضين، وقد تبين أنهم لا

يخالفون في هذا انتهى. وقد تقدم من كلام اللخمي في الغصب اختلاف عندنا في أجر الطبيب هل يلزم الجاني أم لا؟

وَالْمُقَدَّرُ مِنَ الأَعْضَاءِ اثْنَا عَشَرَ: الأُذُنَانِ عَلَى الأَصَحِّ

لما فرغ من النفس شرع في الأعضاء المقدرة، و(**الأُذُنَانِ**) إما مبتدأ والخبر محذوف؛ أي: منها الأذنان، أو خبر مبتدأ [٧١٠/ ب] محذوف؛ أي: أولها الأذنان، والقولان لمالك، ومذهب المدونة وظاهر الموطأ: أنها لا تجب فيها الدية إلا مع السمع، ونص المدونة: ليس في الأذنين إذا اصطُلِمتا أو ضربتا فشُدِخت إلا الاجتهاد، ولعل المصنف صحح القول بوجوب الدية فيها لما في كتاب عمرو بن حزم في الأذن.

وحقيقة الكلمة في العضو المخصوص لا في المنقلة، ولو أزيلت الأذن فردت وعادت لهيئتها ففي سماع عيسى: الدية فيها، وخرج اللخمي ذلك على أن الواجب في إشراف الأذنين هل هو دية أو حكومة؟ قال: فعلى الحكومة لا يكون له شيء، وعلى الدية يكون له كالسن.

وَالْعَيْنَانِ: وَفِي عَيْنِ الأَعْوَرِ الدِّيَةُ كَامِلَةٌ بِخِلافِ كُلِّ زَوْجٍ مِنَ الإِنْسَانِ لِمَا جَاءَ مِنَ السُّنَّةِ...

أي: ومنها العينان لما في الموطأ وغيره أن في كتابه صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم: «**وفي العين خمسون**» بخلاف كل زوج فإن في كل واحد نصف الدية إذا كان فيها منفعة وجمال، وأما إن كان فيها جمال فقط كالحاجبين ففيها حكومة.

وقوله: (**السُّنَّةِ**) استدلال على تكميل الدية في عين الأعور، وأراد بالسنة ما قاله ابن شهاب - لأنه قال - هي السنة، وقضى به عمر وعثمان وعلي وابن عباس، وقاله سليمان بن يسار وابن المسيب وعروة بن الزبير رضي الله عنهم.

ولو ضرب ضربة أذهبت بصر إحدى عينيه ثم ضرب ضربة أذهبت الصحيحة، فقال أشهب: له ثلثا الدية لأن الذي أتلف عليه ثلثا ما بقي من بصره، وقال ابن القاسم وعبد الملك: إن بقي من الأولى شيء فليس له في الصحيحة إلا نصف الدية.

وَالضَّعِيفَةُ بِسَمَاوِيٍّ كَالْقَوِيَّةِ

يعني: أن من كان إبصاره ضعيفاً بسماوي إن كانت مخلوقة كذلك أو بمرض فهي كالقوية في تكميل ديتها، وقيده صاحب البيان بألا يكون النقصان أتى على أكثرها، وأما لو أتى على ذلك فليس له إلا بحساب ما بقي من عقلها.

وحكى الباجي خلافاً في الناقصة بمرض فقال: قال في الموازية وليس استرخاء اللسان والذكر من الكبر وضعف العين من كبر أو رمد أو الرجل من الكبر بمنزلة الجناية عليها لا بمنزلة ما يتنزل بها من الله سبحانه، فما كان من الكبر ثم أصيب العضو ففيه الدية كاملة.

وروى ابن المواز عن مالك في عين الكبير قد ضعفت أو يصيبها الشيء فينقص بصرها ولم يأخذ لها عقلاً فعلى من أصابها الدية كاملة، فساوى بين ما ينقص من الجارحة بمرض أو كبر.

وقال أشهب في الموازية: من أصابه في رجله أمر من عرق بضرب، أو رمدت عينه فنقص بصرها ثم يصاب فله ما بقي بحساب ما يبقى منها، كما لو أصابها بمثل ذلك أحد، ومن ساوى بين ما يصيبها من الله وما يصيبها من الكبر فقد غلط؛ لأن كل جارحة لا بد أن تضعف، وأما المرض فقد سلم منه كثير من الناس. انتهى.

وَبِجِنَايَةٍ قَالَ مَالِكٌ أَوَّلاً: لَيْسَ لَهُ إِلا بِحِسَابِ مَا بَقِيَ، ثُمَّ قَالَ: إِنْ كَانَ أَخَذَ لَهَا عَقْلاً، وَإِلا فَالْعَقْلُ تَامٌّ...

القولان في المدونة، وحاصلها: إن لم يأخذ للنقص عقلاً فقولان، فإن أخذ له فليس له إلا بحساب ما بقي، وفي البيان ثالث: أن فيها العقل كاملاً مطلقاً، وهو قول ابن نافع،

وهو قياس قولهم في السن إذ اسودت أن فيها العقل كاملاً، فإن طرحت بعد ذلك ففيها العقل أيضاً كاملاً.

وَفِي الْعَيْنِ الْقَائِمَةِ الاجْتِهَادُ

يعني: فقئت بعد ذهاب بصرها فليس فيها إلا الاجتهاد، وكذلك اليد الشلاء، والاجتهاد هو الحكومة.

وَالأَنْفُ مِنْ أَصْلِهِ أَوْ مَارِنِهِ عَلَى الأَصَحِّ فَفِي بَعْضِ الْمَارِنِ بِحِسَابِهِ مِنَ الْمَارِنِ لا مِنْ أَصْلِهِ كَبَعْضِ الْحَشَفَةِ...

أي: ومنها (**الأَنْفُ**) ففيه الدية كاملة إذا قطع (**مِنْ أَصْلِهِ**)، والمشهور أن في المارن وحده - وهو ما لان منه - الدية، ويقال للمارن أيضاً: الأرنبة والروثة، وهذا الأصح منقول عن الفقهاء السبعة، قال في المجموعة: وروى ابن شهاب أنه صلى الله عليه وسلم قضى في الأنف يقطع مارنه بالدية كاملة.

ومقابل الأصح رواه ابن نافع عن مالك أن الدية إنما تكون فيه إذا قطع من أصله؛ لما في الموطأ وغيره أنه عليه الصلاة والسلام قال في كتاب عمرو بن جزم: «**وفي الأنف إذا أوعب جدعاً مائة من الإبل**»، وظاهره إذا استوعب قطعه، وقد يحتمل أن يكون المراد إذا استوعب القطع ما يسمى جدعاً ليكون موافقاً لما رواه ابن شهاب، والجمع بين الدليلين ولو من وجه أولى.

وقوله: (**فَفِي بَعْضِ الْمَارِنِ**) هو تفريع على الأصح. وقوله: (**كَبَعْضِ الْحَشَفَةِ**) أي: فإنما ينسب ذلك البعض إليها.

الشَّفَتَانِ

أي: ومنها (**الشَّفَتَانِ**)، ونص في كتاب ابن حزم على أن فيهما الدية، وقد تقدم أنه لا فضل لإحداهما على الأخرى.

وَلِسَانُ النَّاطِقِ فَإِنْ قُطِعَ مِنْهُ مَا لا يَمْنَعُ مِنَ النُّطْقِ شَيْئاً فَحُكُومَةٌ فِيهَا؛ لأَنَّ الدِّيَةَ فِيهِ لِلنُّطْقِ لا لَهُ، وَفِي لِسَانِ الأَخْرَسِ حُكُومَةٌ...

لما في الترمذي والنسائي أنه عليه الصلاة والسلام قال في كتاب عمرو بن حزم: «**وفي اللسان الدية**».

وذكر المصنف أنه إذا قطع منه ما لم يمنعه من الكلام فيه حكومة، واستشهد لذلك بما في المدونة أن الدية إنما هي للنطق، وعلى هذا فلا ينبغي أن يعد اللسان في هذا الفصل؛ إذ الدية إنما على المنفعة [٧١١/أ] لا عن العضو، (**وَفِي لِسَانِ الأَخْرَسِ حُكُومَةٌ**) كاليد الشلاء والعين القائمة.

وَالأَسْنَانُ فِي كُلِّ سِنٍّ مُطْلَقاً خَمْسٌ مِنَ الإِبِلِ مِنْ أَصْلِهَا أَوْ مِنْ لَحْمِهَا بِقَلْعِهَا أَوْ بِاسْوِدَادِهَا أَوْ بِهِمَا...

أي: ومنها الأسنان.

وقوله: (**مُطْلَقاً**) أي: ثنية كانت أو رباعية أو ضرساً، ونبه بذلك على خلاف من فصل في ذلك خارج المذهب، وفي الموطأ من كتاب عمرو بن حزم: «**وفي السن خمس**» فعم.

وروى أبو داود عن شعبة عن قتادة عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم قال: «**الأصابع سواء، الثنية والضرس سواء، هذه وهذه سواء**».

ولا فرق بين أن تقلع من لحمها أو من أصلها، وكذلك تجب الخمس باسودادها لذهاب الجمال منها.

وقوله: (**أَوْ بِهِمَا**) **ابن عبد السلام**: يريد إذا قلع بعضها واسود الباقي.

خليل: والظاهر أن مراده إذا اسودت جميعاً ثم انقلعت؛ لأن ما ذكره ابن عبد السلام يؤخذ من قوله: (**وَفِي بَعْضِهَا بِحِسَابِهِ**) فإن قلت: يرد على الثاني أيضاً عدم الفائدة أنه إذا وجب العقل بأحدهما، وأحرى إذا اجتمعا، قيل: لعله نص على ذلك لينبه على عدم تعدد الدية، ألا ترى أنها لو اسودت ثم قلعت بعد حين أن فيها دية أخرى كما سيأتي.

وَفِي بَعْضِهَا مِنْهَا بِحِسَابِهِ مِنْ لَحْمِهَا لا من أَصْلِهَا

أي: من السواد والقلع، فشمل ثلاث صور: إذا انقطع بعضها، وإذا اسود بعضها، وإذا انقطع بعضها واسود البعض الآخر.

وَفِيهَا: إِنْ كَانَ احْمِرَارُهَا وَاصْفِرَارُهَا وَاخْضِرَارُهَا كَالسَّوَادِ فَقَدْ تَمَّ عَقْلُهَا، وَالْمَشْهُورُ خِلافُهُ...

إن قلت: هو لم يحكم في المدونة بشيء، بل قال: (**إِنْ كَانَ**) فكيف يقول المصنف: (**وَالْمَشْهُورُ خِلافُهُ**)؟ **قيل**: المعنى: فالمشهور أنه ولو قيل: إن الاحمرار والاصفرار كالسواد لا يتم عقلها، وفي كلام المصنف نظر، أما أولاً فلأن المشهور عندهم مذهب المدونة، وأما ثانياً فلأن المذهب يحكم بالعرف، ولعل المصنف اعتمد في تفسيره على اقتصار ابن شاس عليه؛ فإنه قال: إن اخضرت أو اصفرت ففيها عقلها بنسبة ما بعدها من البياض وقربها من السواد.

وما حكاه المصنف عن المدونة هو ظاهر نص الأم؛ فإن فيها: قلت: فإن ضربه رجل فاسودت منه أو احمرت أو اصفرت أو اخضرت، ما قول مالك في ذلك؟ قال: ما سمعت من مالك إلا إذا اسودت فإن عقلها قد تم، ولا أدري ما الخضرة والصفرة والحمرة، إن كان ذلك مثل السواد فقد تم العقل، وإلا فعلى حساب ما نقص، فظاهره أن الإشارة بذلك على الثلاثة، وفهم البراذعي أن الإشارة عائدة إلى الخضرة فقط، وفيه بعد.

ولأشهب وابن القاسم أن الحمرة أقرب إلى السواد من الصفرة، قال: وفي ذلك كله بقدر ما ذهب من بياضها إلى ما بقي منه إلى اسودادها، هكذا في ابن يونس، وفي النوادر والباجي في كلام أشهب: الخضرة إلى السواد أقرب ثم الحمرة ثم الصفرة ثم الكلام على ما قاله ابن يونس. **ابن عبد السلام**: وأظنه أصوب.

وَاشْتِدَادُ اضْطِرَابِهَا فِيمَنْ لا يُرْجَى كَقَلْعِهَا

أي: لا يرجى نباتها، ابن القاسم: وليُستأنى به سنة، وقال أشهب: إن ضربها فتحركت انتظر بها سنة، فإن انتشر اضطرابها بعد السنة فهي كالمنقلة، وإن كان اضطرابها خفيفاً عقل بقدره، واحترز ممن لا يرجى من الصغير فإنه يستأنى كما سيأتي.

وَالسَّوْدَاءُ كَغَيْرِهَا

أي: وقلع السوداء موجب لخمس من الإبل كغيرها، واشتداد اضطرابها كذلك لبقاء منفعتها، وإنما وجبت الدية فيها بالاسوداد لذهاب الجمال.

وَسِنُّ الصَّبِيِّ لَمْ يُثْغِرْ يُوقَفُ عَقْلُهَا إِلَى الإِيَاسِ كَالْقَوَدِ وَإِلا انْتُظِرَ بِهَا سَنَةً

يعني: أن سن الصغير إذا قلعت قبل الإثغار خطأ أو عمداً لم يعجل فيها بالدية ولا بالقود حتى يُيأس من نباتها، فقوله: (**كَالْقَوَدِ**) تشبيه لإفادة الحكم، وقيد اللخمي وقف العقل بأن الجاني غير مأمون، وأما المأمون فلا يوقف، وظاهر قوله: (**عَقْلُهَا**) إيقاف جميع العقل وهو كذلك، وخالف سحنون في ذلك فقال: لا أرى أن يوقف عقل السن كلها؛ لأن السن قد يكون فيها نقص، ولا يمنع ذلك من القصاص مثل الأصبع من اليد، ولكن يوقف من عقل السن ما إذا انتقصت السن إليه لم يقتص له، قيل: كم ذلك، قال: معروف كالعين الضعيفة بصرها، واليد يدخلها النقص اليسير.

وقوله: **(وَإِلا انْتُظِرَ بِهَا سَنَةً)** ابن عبد السلام: يعني إذا جاوز السن الذي لا ينبت فيه ولم تنقضِ سنة انتظرت بقية السنة، ووجبت الدية في الخطأ والقصاص في العمد.

وقوله: **(يُثْغِرْ)** - هو بضم الياء وسكون الثاء المثلثة -لم تسقط أسنانه المراضع، قال في المحكم: وثغر الغلام ثغراً سقطت أسنانه الرواضع، وأثغر وأدغر على البدل نبت أسنانه، قال: وقيل: أثغر نبت ثغره، وقال الجوهري: الثغر ما تقدم من الأسنان، يقال: ثغره إذا كسرت ثغره، وإذا سقطت رواضع الصبي، قيل: ثغر فهو مثغور، فإذا نبتت قيل: اثَّغر، وأصله اثتغر فقلبت الثاء تاءً ثم أدغمت، وإن شئت قلت: اثَّغر بجعل الحرف الأصلي هو الظاهر. انتهى.

فَإِنْ نَبَتَتْ سَقَطَا

أي: نبتت سن الصبي سقط القود والعقل، [٧١١/ ب] وفي بعض النسخ: **(سَقَطَ)** يعود على أحدهما لا بعينه، واستشكل سقوط القود في سن الصغير بنباتها؛ لأن العمد إنما يقصد فيه إيلام الجاني بمثل ما فعله، ألا ترى أنه يقتص من الجراح غير الخطرة وإن برئت على غير شين، وأجيب بأن سن الصبي لا تماثل سن الكبير فوجب القصاص.

وَإِنْ مَاتَ الصَّبِيُّ وُرِثَ الْقَوَدُ وَالْعَقْلُ

أي: وإن مات الصغير قبل نباتها ورث ورثته القود في العمد والعقل في الخطأ.

فَإِنْ عَادَتْ أَصْغَرَ فَبِحِسَابِهِ فِيهِمَا

أي: عادت سن الصغير أصغر منها حين قلعت أخذ الجاني بحساب ما نقص فيهما؛ أي: في العمد والخطأ، وهو مقيد في العمد بأن يعود ما ينتفع به، وأما إن عاد ما لا ينتفع به فإنه يقتص، أشار إلى ذلك اللخمي، وصرح به غيره.

فَلَوْ أَخَذَ الْمَثْغُورُ الأَرْشَ فِي الْخَطَإِ فَنَبَتَتْ فَلا يَرُدُّ شَيْئاً

المثغور مقابله من لم يثغر، ومراده بالمثغور من نبتت أسنانه بعد أن سقطت، لكن إنما يقال فيه ثغراً أو مثغراً أو مدغراً، ومدغر على القول الآخر، وإنما يقال للصبي مثغور إذا سقطت أسنانه لتنبت، إلا أن صاحب المحكم ذكر عن ابن العربي أنه يقال: ثغره إذا كسر أسنانه، فيصح على هذا أن يقال: (**فَلَوْ أَخَذَ الْمَثْغُورُ**) أي: الذي كُسر سنُّه، لكن لا يبقى على ذلك مقابلة بين هذا وبين قوله أولًا: (لَمْ يُثْغِرْ).

وقوله: (**أَخَذَ**) يريد: أو حكم له به، ففي البيان: وأما الكبير تصاب سنه فيقضى له بعقلها ثم يردها صاحبها فثبتت فلا اختلاف بينهم أنه لا يرد العقل؛ إذ لا ترجع على قوتها، قال: والأذن كالسن في ذلك.

فَإِنْ ثَبَتَتْ قَبْلَ الأَخْذِ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يَأْخُذُ كَالْجِرَاحَاتِ الأَرْبَعِ الْمُقَدَّرَةِ بِخِلافِ الأُذُنِ، وَقَالَ أَشْهَبُ: لا شَيْءَ لَهُ كَغَيْرِهَا مِنَ الْجِرَاحِ...

أي: فإن نبتت سن الكبير، واستمسك قبل الحكم له بالأرش فقال ابن القاسم في المدونة: له أرشها، وقوّاه المصنف بالقياس على الجراحات الأربع؛ أعني الموضحة وأخواتها، فإنه اتفق فيها على أنه يأخذ عقلها وإن عادت لهيئتها، صرح بالاتفاق اللخمي وغيره، والجامع التقدير فيها.

وقوله: (**بِخِلافِ الأُذُنِ**) أي: فلا عقل لها وإن عادت لهيئتها، ولهذا فرق ابن القاسم في رواية يحيى، قال في الرواية المذكورة: وإن كان في ثبوت الأذن ضعف فله بحساب ما نقص من قوتها، قيل: الأذن إذا ردت واستمسكت وعادت لهيئتها وجرى فيها الدم، والسن لا يجري فيها الدم، وقال أشهب: لا شيء له إذا ثبت سنه كغير الجراحات الأربع، وزاد في البيان ثالثاً بالقضاء له بالعقل في الأذن والسن، قال: وهو مذهب المدونة، وذهب

صاحب النكت إلى أن مذهب المدونة التفصيل كما في قول ابن القاسم في رواية يحيى لا كما قاله في البيان، قال: لا أعلم أن الأذن إذا ردت في الخطأ فثبتت لا دية فيها، وإنما شبهها في الكتاب بالسن إذا ردت في وجوب القصاص فهو واجب على كل حال، والذي ذكرنا إنما هو في الموطأ، ولا ذكر للخطأ في الكتاب إذا ردت الأذن فثبتت وهو مذكور في غير المدونة في رواية يحيى ثم ذكرها، فظاهره أنه حمل رواية يحيى على التفسير من المدونة.

وَأَمَّا فِي الْعَمْدِ فَالْقِصَاصُ

أي: سواء ثبت قبل القصاص أم لا، وكذلك الأذن، وحكى في البيان الاتفاق على ذلك.

وَلَوْ عَادَ الْبَصَرُ اسْتَرَدَّ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ بِخِلافِ السِّنِّ، وَقَالَ أَشْهَبُ: لا يَرُدُّ، وَقَالَ مُحَمَّدٌ: إِنْ كَانَ بِحُكْمٍ بَعْدَ الاسْتِينَاءِ لَمْ يَرُدَّ...

قوله: (**اسْتَرَدَّ**) يدل على أن أخذ الدية ليس بشرط بل الحكم كالأخذ، قال في البيان: لا خلاف في أنه لو عاد البصر أو العقل، قيل: الحكم لا يقضى له بشيء، وذكر المصنف في عود البصر بعد الحكم ثلاثة أقوال: **الأول** لابن القاسم في المدونة: أنه يرد الدية بخلاف السن؛ لأن البصر إذا عاد اعتقد أنه لم يذهب حقيقة، وإنما كان ستره ساتر فانكشف.

الثاني لأشهب: لا يرد شيئاً، **الثالث** لمحمد: إن كان بقضاء الاستيناء لم يرد وإلا ردها، وهكذا حكى في البيان الأقوال الثلاثة، قال في البيان: وحكم السمع يذهب ثم يعود قبل الحكم أو بعده حكم البصر على ما ذكره، نص أشهب أنه لا يرد إذا رد عقله، واختلف في مذهب ابن القاسم فيه، فقيل: الذي يأتي على مذهبه فيه من مسألة البصر أنه يرد، وقيل: بل كقول أشهب، والفرق بين البصر والعقل أن العقل يذهب حقيقة ثم يعود بخلاف البصر؛ فإنه إذا عاد يعلم أنه لم يزل حقيقة، قال: فتحصّل في عود البصر والعقل ثلاثة أقوال: ثالثها: يرد في جميع البصر دون العقل، هذا معنى كلامه في البيان.

وَإِنْ قَلَعَ جَمِيعَ الأَسْنَانِ فَفِي كُلِّ سِنٍّ خَمْسٌ بِضَرْبَةٍ أَوْ بِضَرَبَاتٍ كَانَتِ اثْنَتَيْنِ وَثَلاثِينَ أَوْ أَكْثَرَ أَوْ أَقَلَّ...

هذا فيه بعض التكرار مع ما قدمه، وهو قوله: (**الأَسْنَانُ فِي كُلِّ سِنٍّ مُطْلَقاً خَمْسٌ**). ابن شعبان: وللأَلْحَى اثنتان وثلاثون وللكوسج ثمانٍ وعشرون.

وَفِي الْمُضْطَرِبَةِ جِدّاً الاجْتِهَادُ

أي: في قطع المضطربة جداً الحكومة، وليس هذا تكرار مع قوله: (**وَاشْتِدَادُ اضْطِرَابِهَا فِيمَنْ لا يُرْجَى كَقَلْعِهَا**) كما زعم ابن عبد السلام؛ لأن الكلام الأول فيما إذا ضربها وهي قوية فاشتد اضطرابها [٧١٢/ أ] وهذا الكلام في قلع المضطربة جدّاً.

وَفِي الْمَكْسُورَةِ بِتَآكُلٍ أَوْ غَيْرِهِ بِحِسَابِهَا

نحوه في المدونة، وقيده أشهب فقال: إلا أن يتآكل منها ما لا بال له، ففيها ديتها كاملة كاليد تنقص أنملة.

وَالْيَدَانِ مِنَ الْعَضُدِ إِلَى الأَصَابِعِ قَطْعاً أَوْ شَلاً فَيَنْدَرِجُ مَا زَادَ عَلَى الأَصَابِعِ

ومنها اليدان، ولو قطع الأصابع وجبت دية اليد، وكذلك لو قطعها من العضد، ويندرج ما زاد على الأصابع كما يندرج ما زاد على الحشفة في قطع الذكر، ولا فرق بين إبانة اليد وإبطال منفعتها بالشلل.

وَفِي كُلِّ أُصْبُعٍ عُشْرٌ وَفِي كُلِّ أَنْمُلَةٍ ثُلُثُ الْعُشْرِ إِلا الإِبْهَامَ فَنِصْفُهُ، وَفِي أَقَلَّ بِحِسَابِهِ...

نبّه بقوله: (**وَفِي كُلِّ أُصْبُعٍ**) على أنه لا فرق في الأصابع لما رواه البخاري عنه عليه الصلاة والسلام قال: «**هذه وهذه سواء**» الخنصر والإبهام. ويصح أن يقال: عُشر بضم

العين؛ أي: عشر الدية، وبفتحها أي عشرة من الإبل؛ لأن العشرة هي عشرها إلا أن للإبهام ثلاثة أنامل، وفي كل أنملة ثلث دية الأصابع، وإليه رجع مالك، وأخذ أصحابه بقوله الأول، قيل: والأظهر مذهب المدونة، ولو كان في الإبهام ثلاثة لكان في غيره أربعة، واتفق على أن إبهام الرجل ليس فيها إلا أنملتان.

(وَفِي أَقَلَّ) أي: من أنملة بحساب ذلك وإن قطعت بدلها أربع أصابع، ورأى أشهب له دية أربع أصابع، وإن نقصت أنملة فقال ابن القاسم وأشهب: إن كان أخذ لها عقلاً حوسب بها إلا أن تتلف بمرض وشبهه.

ابن المواز: وأنملة الإبهام كغيره في المحاسبة فيهما، أشهب: وأما الأنملتان من سائر الأصابع فيحاسب بهما في الخطأ.

واختلف في الأصبع الزائدة، فقال ابن القاسم: إن كانت قوية ففيها عشر، قطعت خطأً أو عمداً؛ إذ لا قصاص فيها، وإن قطع جميع اليد كان فيها ستون، وإن كانت ضعيفة كانت فيها حكومة إن قطعت بانفرادها، وإن قطع اليد لم يزد لها شيء، قال سحنون: إذا قطعت اليد فيها ست أصابع خطأً كان له خمسمائة، قال: وقد قيل: له خمسمائة، وفي الزائد حكومة، ولم يفرق بين كونها قوية ولا ضعيفة، اللخمي: وإن قطعت عمداً كان له أن يقتص من القاطع ويأخذ دية السادسة إن كانت قوية.

وَالثَّدْيَانِ مِنَ الْمَرْأَةِ وَحَلَمَتُها مِثْلُهُمَا إِنْ بَطَلَ اللَّبَنُ

أي: ومنها الثديان، والحلمة: بفتح الحاء واللام.

الجوهري: وهو رأس الثدي مثلهما؛ أي في وجوب الدية، أي فإذا قطعهما من أصلهما اندرج ما زاد على الحلمتين.

وقوله: (**إِنْ بَطَلَ اللَّبَنُ**) نحوه في المدونة، وإن قطع حلمتيها فإن كان قد أبطل مخرج اللبن وأفسدهما ففيها الدية، وقال ابن الماجشون: حد ما تجب فيه الدية ذهاب الحلمتين، وقال أشهب: إن أذهب منها سداداً لصدرها ففيها الدية، وإلا ففيها بقدر شينها.

مالك: وتجب الدية ببطلان اللبن وإن لم يقطع منها شيء، وكذلك إذا فسد.

فرع:

ولو أُفسدت ثم عادت ردَّت ما أخذت.

وَفِي الصَّغِيرَةِ إِنْ تَبَيَّنَ إِبْطَالُهَا عَقْلٌ وَإِلا اسْتُؤْنِيَ بِهَا كَسِنِّ الذَّكَرِ

الضمير في (**إِبْطَالُهَا**) عائد على منفعة اللبن المفهومة من السياق، (**عَقْلٌ**) أي: عقل ثديَي المرأة الكبير، وفي بعض النسخ: (**عقلت**) فيعود أيضاً على المنفعة.

قوله: (**وَإِلا**) يعني: وإن لم يتبين الإبطال فالحكم وقف العقل، وميراثه كما في سن الصبي.

وَالذَّكَرُ وَالأُنْثَيَانِ وَمَهْمَا قُطِعَ أَحَدُهُمَا فَدِيَةٌ، وَفِي الثَّانِي مَعَهُ أَوْ بَعْدَهُ بِضَرْبَةٍ دِيَةٌ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَقِيلَ: حُكُومَةٌ كَالْكَفِّ بَعْدَ الأَصَابِعِ...

ابن الجلاب: وإذا قطع الذكر والأنثيان في دفعة واحدة ففيها ديتان، وسواء قطع الذكر قبل الأنثيين أو الأنثيين قبله، وقال عبد الملك: في الأول منهما دية، وفي الثاني حكومة. انتهى. ووجه عبد الملك أن الثاني لا منفعة فيه؛ لأن الذكر إذا قطع أولاً لم يبق تمكن أن يولد له، وكذلك العكس؛ لأن النسل إنما هو بالبيضة اليسرى، وينبغي على هذا إذا قطعهما بالقرض أن يتفق على وجوب ديتين، وكلام المصنف لا يشمل هذه الصورة؛ لأنه قال: (**وَفِي الثَّانِي**)، وفي هذه الصورة لا يوصف القطع بكونه ثانياً، وفي الثاني معه أو بعده دية أو حكومة وهي معنى الأولى، لكن الأولى أظهر، ولابن حبيب قول ثالث: في الذكر دية تقدم أو تأخر، وفي الأنثيين إن تقدمتا الدية، وإن تأخرتا فلا دية، يريد: وفيهما حكومة،

ونقل عبد الوهّاب أنهما إذا قطعهما معاً أن فيهما دية واحدة، والمشهور أظهر لما في النسائي أن في كتاب عمرو بن حزم: «**وفي البيضتين الدية، وفي الذكر الدية**»، وفي مراسيل أبي داود أنه عليه الصلاة والسلام قال: «**وفي الذكر إذا قطعت الحشفة**».

وَفِي ذَكَرِ الْعِنِّينِ وَالْخَصِيِّ قَوْلانِ

أحدهما دية، والآخر حكومة، وقد تقدم في النكاح أن العنين حقيقة من له ذكر صغير لا يتأتى به الجماع، وقد يطلق على المعترض، والخلاف فيهما، ففي اللخمي: قال ابن حبيب: وفي ذَكَر الذي لا يأتي النساء الدية كاملة، قال: وكذلك الشيخ الكبير، وفي مختصر الوَقَار: في ذكر العنين حكومة، وعلى أحد قولي مالك فيه الدية كاملة، وكذلك الخصي الذي لم يخلق له ما يصيب به النساء الدية كاملة، وكذلك ذكر الشيخ الكبير الذي [٧١٢/ ب] ضعف عن النساء، ذكره ابن حبيب عن مالك، وأما الخصي فإن أراد به المقطوع أحدهما وهو حقيقة الخصي كما قدمه المصنف في باب النكاح فهو تكرار مع قوله: (**وَفِي الثَّانِي بَعْدَهُ أَوْ مَعَهُ دِيَةٌ عَلَى الْمَشْهُورِ**)، بل نقص هنا تعيين المشهور، ولا يقال: أراد به مقطوع الحشفة؛ لأنه سيتكلم عليه؛ لأنه لا يفهم من لفظه على أنه لا يعلم في ذلك خلاف، والذي في الموازية والمجموعة عن مالك أن الأمر المجتمع عليه أنه ليس في المقطوع الحشفة إلا الاجتهاد، وإلى ذلك أشار بقوله:

وَالْحَشَفَةُ كَالذَّكَرِ فَلَوْ قُطِعَ عَسِيبُهُ بَعْدَهَا فَحُكُومَةٌ كَالْكَفِّ بَعْدَ الأَصَابِعِ

أي: الحشفة في الدية كالذكر، وقوله: (**فَلَوْ قُطِعَ عَسِيبُهُ**) تقدم من كلام مالك أنه الأمر المجتمع عليه.

خليل: وقد يقال: فيه نظر، بل الظاهر أن تكون دية أخرى لأنه يجامع به، وتحصل له به اللذة، وبهذا يفارق الكف بعد الأصابع.

فإن قيل: فالعضو الواحد لا تكون فيه ديتان، **قيل**: هذا ممنوع؛ لأنا نوجب في السن إذا اسودت دية كذلك إذا قلعت، وخرج اللخمي قولاً بأن يكون فيه بحساب ما بقي من قول مالك في الأنف: هل الدية للمارن أو له من أصله؟ قال: إلا أن يكون في مسألة الذكر إجماع.

وَالأَلْيَتَانِ مِنَ الْمَرْأَةِ، قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: حُكُومَةٌ، وَقَالَ أَشْهَبُ: الدِّيَةُ

وجه قول ابن القاسم أنه لم يرد فيه نص، وبالقياس على الرجل، وقال أشهب: هما أعظم عليها ضرراً من ثديها، والأليتان بفتح الهمزة.

الشُّفْرَانِ إِذَا بَدَا الْعَظْمُ فَالدِّيَةُ

الشفران: بضم الشين وسكون الفاء، الجوهري: وشفر الرحم وشافرها حروفها، وروى ابن حبيب: أن ابن وهب روى أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قضى في شفري المرأة بالدية إذا سلقا حتى يبدو العظم.

وَالرِّجْلانِ كَالْيَدَيْنِ، وَالْعَرَجُ الْخَفِيفُ مُغْتَفَرٌ إِنْ لَمْ يَكُنْ أَخَذَ لَهُ أَرْشاً

أي: فيه الدية من الأصابع أو من الورك، ويندرج ما فوق الأصابع قطعاً أو شلاً، واحترز بالعرج الخفيف من العرج الشديد، فليس له إلا بحساب ما بقي، وإن لم يبق العرج فيها منفعة فالاجتهاد.

وقوله: (**إِنْ لَمْ يَكُنْ أَخَذَ لَهُ أَرْشاً**)، وأما إن أخذ له فبحساب ما بقي.

ابن عبد السلام: وقد وقع في المدونة في ذلك اضطراب في هذه المسألة وأشباهها من العين الناقصة ضوءها واليد الضعيفة، وظاهر ما في المدونة أنه إن أخذ للعرج أرشاً فليس له إلا بحساب ما بقي، وإن لم يأخذ له أرشاً فقولان، وفي الموازية الخلاف وإن أخذ للنقص عقلاً، والنظر يقتضي ألا يكون له إلا بحساب ما أتلف.

وَالْمُقَدَّرُ مِنَ الْمَنَافِعِ عَشَرَةٌ: الْعَقْلُ: وَلَوْ زَالَ بِمَا فِيهِ دِيَةٌ تَعَدَّدَتْ

لما فرغ من ديات الأعضاء شرع في المنافع، وبدأ بالعقل لشرفه، وإذا وجبت الدية في السمع ونحوه فهو أولى، وقد ورد في الحديث أن فيه الدية كاملة، اللخمي: وإن جن من الشهر يوماً وليلة كان له جزء من ثلاثين جزءاً من الدية، وإن جن الليل دون النهار أو بالعكس كان له جزء من ستين.

قوله: (**وَلَوْ زَالَ بِمَا فِيهِ دِيَةٌ تَعَدَّدَتْ**) كما لو قطع يده فجن، فإن عليه ديتين، والتعدد مقيد بأن يكون حال العقل بسببه في غير محل العقل، أما إن كان في محله كما لو أَمَّه أو جدع أنفه، وقلنا: إن محله الدماغ فليس له إلا دية العقل، قال في المقدمات: وإن أصيب بمأمومة فذهب منها عقله فله على مذهب مالك دية العقل ودية المأمومة لا يدخل بعض ذلك في بعض؛ إذ ليس الرأس عنده بمحل للعقل، كمن أذهب سمع رجل وفقأ عينه في ضربة، وعلى مذهب ابن الماجشون إنما له دية العقل ولا شيء له في المأمومة، كمن أذهب بصر رجل وفقأ عينه في ضربة واحدة، ومذهب مالك أن محله القلب، وهو قول أكثر أهل الشرع، وهو مذهب عبد الملك وأبي حنيفة أن محله الرأس، وهو مذهب أهل الفلاسفة.

السَّمْعُ: وَفِي إِبْطَالِ أَحَدِهِمَا نِصْفُ الدِّيَةِ، وَمَا نَقَصَ فَبِحِسَابِهِ، وَيُعْرَفُ بِأَنْ يُصَاحَ مِنْ مَوَاضِعَ عِدَّةٍ مُخْتَلِفَةٍ، مَعَ سَدِّ الصَّحِيحَةِ، فَإِنْ لَمْ يَخْتَلِفْ قَوْلُهُ حُلِّفَ، وَنُسِبَ إِلَى سَمْعِهِ الآخَرِ، وَإِلا فَسَمْعٌ وَسَطٌ، فَإِنِ اخْتُلِفَتْ فَقِيلَ: لا شَيْءَ لَهُ، وَقِيلَ: لَهُ الأَقَلُّ مَعَ يَمِينِهِ، وَقَالَ أَشْهَبُ: إِنْ صَحَّ أَنَّ أَحَدَ السَّمْعَيْنِ يَسْمَعُ كَالسَّمْعَيْنِ فَهُوَ عِنْدِي كَالْبَصَرِ...

لا أعلم خلافاً أن في السمع الدية وفي أحدهما نصفه، فإن نقص منهما أو من أحدهما فبحسابه، ومعرفة ما نقص من ذلك بأن يصاح من مواضع مفترقة بعد سد الصحيحة، فإذا لم يختلف قوله سدت الناقصة ويصاح به، ثم ينظر ما بين الصحيحة والمصابة، وينسب ذلك إلى الدية ويأخذ ما بقي بنسبته.

قوله: (**وَإِلا فَسَمْعٌ وَسَطٌ**) أي: وإن لم يكن له سمع آخر وأصيب في أذنيه نسب سمعه إلى سمع وسط ثم لا بد من يمينه، نّص عليه مالك وابن القاسم وأشهب، وظاهر رواية ابن وهب سقوط اليمين، ويجري فيها الخلاف من يمين التهمة.

وقوله: (**فَإِنِ اخْتَلَفَ قَوْلُهُ**) أي: اختلافاً متبايناً، وأما التقارب فيصدق كالمتساوية، وقوله: (**لا شَيْءَ لَهُ**) أي: للمجني عليه، وفي بعض النسخ: (**فَلا شَيْءَ عَلَى الْجَانِي**)، وهذا قول مالك في الموازية، ونقله أصبغ عن مالك وأصحابه؛ لأن اختلاف قوله يدل على كذبه، وقال عيسى بن دينار: له الأقل مع [٧١٣/ أ] يمينه، وإذا وجبت اليمين مع عدم الاختلاف فهنا أولى.

وقوله: (**قَالَ أَشْهَبُ**) هو دليل على أن أشهب إنما قال بوجوب الدية في عين الأعور؛ لأن نظر الأخرى قد انتقل فلذلك قال: (**إِنْ صَحَّ...إلخ**)، وأشار ابن القاسم في المدونة إلى أن حكم عين الأعور مقصور عليها للسنة، وذلك على خلاف القياس لقصر الحكم على محله.

الْبَصَرُ: وَهُوَ كَالسَّمْعِ، وَيُخْتَبَرُ بِإِغْلاقِ الصَّحِيحَةِ، وَتُجْعَلُ الْبَيْضَةُ ونَحْوُهَا فِي أَمْكِنَةٍ مُخْتَلِفَةٍ، وَقَدْ تَقَدَّمَ عَيْنُ الأَعْوَرِ...

أي: البصر كالسمع في تكميل الدية بذهاب جميعه، وفي أحدهما نصفها، فإن ادعى نقص بصره اختبر ببيضة ونحوها، وصفة ذلك كما تقدم في السمع، وقد تقدم حكم عين الأعور كما تقدم أن فيها الدية.

وَإِذَا ادَّعَى الْمَضْرُوبُ ذَهَابَ جَمِيعِ سَمْعِهِ وَبَصَرِهِ صُدِّقَ مَعَ يَمِينِهِ، وَيُخْتَبَرُ إِنْ قُدِرَ عَلَى ذَلِكَ بِمَا وَصَفْنَاه، وَالظَّالِمُ أَحَقُّ أَنْ يُحْمَلَ عَلَيْهِ...

الاختبار في الأذن أن يصاح على غفلة صياحاً شديداً.

أشهب: ويشار إلى عينيه جميعاً، أو العين التي يقول ذهبت، فإن لم يستدل على كذبه صدق مع يمينه، ولما كان قبول قول المدعي من غير بينة على خلاف مقتضى الأحوال استشعر

المصنف ذلك سؤالاً فأجاب بقوله: (**وَالظَّالِمُ أَحَقُّ أَنْ يُحْمَلَ عَلَيْهِ**)، وهكذا قال في المدونة، وهو جواب لا يقيم جميع صور المسألة؛ إذ الظلم من لوازم العمد، والمسألة مفروضة في العمد والخطأ، ولو قال المصنف: يختبر، كما ذكرنا لكان أحسن.

الشَّمُّ: وَيَنْدَرِجُ فِي الأَنْفِ كَالْبَصَرِ مَعَ الْعَيْنِ وَالسَّمْعِ مَعَ الأُذُنِ

أي: في الشم الدية، فإن قطع أنفه فأذهب شمه فدية واحدة، ويندرج الشم في الأنف كما يندرج البصر مع العين والسمع في الأذن، وهذا قول ابن القاسم. وقال ابن الجلاب: القياس عندي أن يكون في الشم والأنف ديتان، وكذلك في الأذنين إذا أذهبا مع السمع، والقياس أن يكون فيها دية وحكومة على اختلاف الروايتين في ذلك.

النُّطْقُ: فِيهِ الدِّيَةُ إِنْ بَقِيَ الذَّوْقُ، وَمَا نَقَصَ فَبِحِسَابِهِ، وَقَالَ أَصْبَغُ: تُجَزَّأُ الدِّيَةُ عَلَى ثَمَانِيَةٍ وَعِشْرِينَ جُزْءاً؛ عَدَدَ الْحُرُوفِ...

لا خلاف أعلمه أن في النطق الدية، وما نقص فبحسابه واختلف في ذلك، ففي المدونة وغيرها يقدر أهل المعرفة ولا ينظر إلى عدد الحروف فإن منها الرخو والشديد، فإن قال: يقع في نفوسنا أنه ذهب من كلامه نصفه أو ثلثه أعطي بقدر ذلك. قال في العتبية وغيرها: وإن شك أهل المعرفة الثلث أو الربع أعطي الثلث، والظالم أحق أن يحمل عليه. قال في البيان: والأولى في الخطأ ألا يكون له إلا الأقل.

أصبغ: تجزأ الدية على ثمانية وعشرين جزءاً عدد الحروف، ثم يقال له انطق بالحروف، فما عجز عن النطق به أعطي بحسابه، وبعضها إن كان أثقل إلا أن ذلك لا ينبغي أن يراعى كالأصابع، فإن بعضها أنفع من بعض وعقلها متساوٍ. واختاره اللخمي، وردّه ابن المواز وغيره بأن بعض اللسان لا حظ للسان فيه كالباء والميم والحاء، وأيضاً فإن الحروف لا تنحصر في ثمانية وعشرين في لغة غير العرب، ولا تبقى بإسقاط حظ الزائد؛ لأن الدية عوض عن الكلام الذي هو أعمّ من لغة العرب.

وَفِي الصَّوْتِ الدِّيَةُ

النطق أخصر من الصوت، وقد نص أبو بكر في الوقار على ما ذكره المصنف، أما لو ذهب دفعة واحدة النطق والصوت فدية واحدة. وفي اللخمي: إن ذهب بعض كلامه وذهب صوته أخذ جميع العقل دية كاملة، وإن ذهب نصف كلامه ونصف صوته أخذ ثلاثة أرباع الدية؛ لأنه يستحق نصف الدية عن ذهاب نصف الكلام، ويسقط ما يقابله من الصوت وهو النصف؛ لأنه لو ذهب جميع الكلام وجميع الصوت لم يزد للصوت شيئاً، وبقي نصف الكلام ذهب منها الصوت فليأخذ لما ذهب من صوته ربع الدية.

وَفِي الذَّوْقِ الدِّيَةُ

ابن عبد السلام: هذا هو المشهور. وعلى ما يظهر من كلام غير واحد من الشيوخ ولم يذكر فيه أكثرهم خلافاً، ونحا أبو الفرج إلى أن فيه حكومة، وربما استقرئ هذا القول من المدونة وغيرها حيث لم يجعلوا في لسان الأخرس إلا الحكومة مع أن الذوق حاصل في لسان الأخرس. انتهى.

وقال ابن راشد: هكذا نقل ابن شاس. وقال اللخمي: فيه الدية قياساً على الشم، ورأيت الفقهاء بالديار المصرية ينكرون عليه هذا النقل ويقولون: هو خلاف المدونة؛ لأنه أوجب فيها في لسان الأخرس حكومة وقيد الذوق، ولعله أجاب في المدونة عن لسان الأخرس ذاهلاً عن الذوق، ولو نبه على ذلك لأجاب بالدية. انتهى باختصار. وفي المقدمات: ينبغي على أصولهم أن يكون في الذوق الدية كاملة، ولا أعلم لأصحابنا فيه نصاً.

وَيُجَرَّبُ بِالْمُرِّ الْمَقِرِ

بفتح الميم وكسر القاف، يقال منه مقر الشيء بالكسر يمقر مقراً إذا صار مراً فهو شيء مقر، والمقر أيضاً الصبر، وفي بعض النسخ: (المنفر) وهي كالأولى؛ أي الشديدة

المرارة، والذي لا يمكن الصبر عليه، وفي بعض النسخ: (المقه) وليست ظاهرة؛ لأن المقه لغة: القبيح البياض، وليس المراد هنا، وسكت المصنف هنا عن اليمين، والظاهر أنه غير [٧١٣/ ب] محتاج إليها؛ لأن الدال على صدقه هنا قوي، وهو اختباره بشديد المرارة، ولهذا عاقبه المصنف بوجوب اليمين في الجماع فقال:

وَفِي قُوَّةِ الْجِمَاعِ الدِّيَةُ وَيَحْلِفُ

لا أعلم فيه خلافاً. **اللخمي**: وتجب الدية في ذهاب النسل بشيء سقاه أو أطعمه وإن لم يبطل الإنعاظ.

فَإِنْ رَجَعَتْ رَدَّهَا قَرُبَ أَوْ بَعُدَ، وَفِي الإِفْضَاءِ قَوْلانِ: حُكُومَةٌ وَدِيَةٌ؛ وَهُوَ رَفْعُ الْحَاجِزِ بَيْنَ مَخْرَجِ الْبَوْلِ وَمَسْلَكِ الذَّكَرِ...

القول بالحكومة في المدونة، ونص عليه في كتاب الرجم، والقول بوجوب الدية فيه لابن القاسم، وهو الأقرب، وعلله ابن شعبان بأنه منعها اللذة، ولا تمسك الولد ولا تمسك البول إلى الخلاء؛ ولأن مصيبتها بذلك أعظم من الشفرين، وقد نصوا على وجوب الدية فيه، وتفسيره ظاهر التصور.

وَلا يَنْدَرِجُ تَحْتَ الْمَهْرِ بِخِلافِ أَرْشِ الْبَكَارَةِ

أي: ولا يندرج الإفضاء تحت المهر بخلاف البكارة؛ لأنه لا يمكن الوطء إلا بإزالتها.

وَلَوْ أَزَالَ الْبَكَارَةَ بِأُصْبُعِهِ فَحُكُومَةٌ

أي: فعلى الزوج حكومة، وعليه نصف الصداق إن طلق، وهو القياس عند أصبغ في الموازية، ولابن القاسم أيضاً أن لها الصداق كاملاً.

وَالزَّوْجُ وَغَيْرُهُ فِيهِمَا سَوَاءٌ إلا فِي الْحَدِّ وَحَمْلِ الْعَاقِلَةِ فِي الإِفْضَاءِ إِنْ بَلَغَتِ الثُّلُثَ بِخِلافِ الأَجْنَبِيِّ يَغْتَصِبُهَا...

(**فِيهِمَا**) أي: في الإفضاء والبكارة. وقوله: (**سَوَاءٌ**) أي: في لزوم الدية أو الحكومة على القولين في الإفضاء ولزوم الحكومة في البكارة، ثم استثنى من المساواة وجوب الحد على الأجنبي إذا أزال البكارة بغير أُصبُعه، وحمل العاقلة في حق الزوج فإن عاقلته تحمل أرش الإفضاء لأنَّه خطأ، وهو ظاهر على القول بلزوم الدية؛ ولذلك ترك المصنف التفريع عليه، وأما على القول بلزوم الحكومة فيشترط فيها أن تبلغ الثلث.

واحترز بقوله: (**يَغْتَصِبُهَا**) مما لو طاوعته، فإنها لا أرش لها حينئذٍ في إفضائها، نص عليه في المدونة في الرجم. وقال أشهب: عليه الحكومة وإن طاوعته. واستحسنه اللخمي قال: ولا فرق في ذلك بين الزوج وغيره؛ لأن كل ذلك طوع. وفرق المشهور بأنها في الزنى أسقطت حقها بتمكينها من نفسها بخلاف ذات الزوج فإنها مجبرة على التمكين.

وَفِي مَنْفَعَةِ الْقِيَامِ وَالْجُلُوسِ الدِّيَةُ. وَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ: وَفِي قِيَامِهِ فَقَطْ، ثُمَّ مَا نَقَصَ فَبِحِسَابِهِ...

يعني: أنه تجب الدية في مجموع منفعة القيام والجلوس، وروى ابن القاسم في قيامه بانفراده الدية، ووجهه القياس على الرجل. والذي في المدونة: وقال مالك في الصلب الدية. قال ابن القاسم: وذلك إذا قصر عن القيام. فعلى هذا إن قدر على المشي مع حدب أو عتل فإنما فيه الاجتهاد، ونحوه لمالك في المجموعة، ورواه ابن وهب. وقال عبد الملك: إذا انكسر الصلب ولم يقدر على الجلوس ففيه الدية.

اللخمي: وقيل: فيه الدية إذا انطوى، يريد إذا صار كالراكع.

اللخمي: ويصح أن تكون الدية في الصلب للفصلين جميعاً إذا بطل جلوسه وإن كان يقدر على المشي على الحباء وإن لم يبلغ أن يكون كالراكع، وكذلك إذا فسد قيامه وصار كالراكع وإن كان يقدر على الجلوس. وقال ابن الماجشون: في الصلب ثلاثة وثلاثون فقارة، فإذا كان في الصلب الدية ففي كل فقارة ثلاثة من الإبل.

اللخمي: فراعى الصلب، ولم يراعِ ما أفسد من المشي.

وقوله: (**ثُمَّ مَا نَقَصَ فَبِحِسَابِهِ**) أي: على كل قول فعلى الأول يعتبر النقص من مجموع القيام والجلوس وعلى الثاني يعتبر من القيام فقط.

وَلَوْ ضَرَبَ صُلْبَهُ فَبَطَلَ ذَلِكَ وَجِمَاعُهُ فَدِيَتَانِ

يعني: أن دية ذهاب الجماع لا تندرج تحت الصلب، وإن كانت قوة أكثر الجماع من الصلب.

فرع:

بقي على المصنف مما فيه الدية ما إذا أجذمه أو أبرصه أو أسود جسمه. واختلف في هدم عظام الصدر، فقال ابن القاسم: فيه الدية. وقال ابن عبدوس: فيه حكومة. اللخمي: وفي الشَّوَىَ - وهي جلدة الرأس - الدية. وقاله عبد الملك، ونص اللخمي أيضاً على وجوب الدية إذا سقاه ما أبطل نسله، وإن كان أنعظ ويمني.

وَمَا سِوَى ذَلِكَ فَحُكُومَةٌ كَأَشْفَارِ الْعَيْنِ وَالْحَاجِبَيْنِ وَاللِّحْيَةِ الرَّأْسِ لَمْ تُنْبِتْ

لأن هذه الأشياء إنها فيها جمال.

فَأَمَّا جِرَاحُ الْعَبْدِ فَمُعْتَبَرَةٌ بَعْدَ الْبُرْءِ بِقِيمَتِهِ، وَفِي الشِّجَاجِ الأَرْبَعِ مِنْ قِيمَتِهِ بِنِسْبَتِهَا مِنَ الدِّيَةِ، فَفِي مُوضِحَتِهِ نِصْفُ عُشْرِ قِيمَتِهِ...

لما في الموطأ أن مروان بن عبد الحكم كان يقضي في العبد يصاب بالجرح أن على من جرحه قدر ما نقص من ثمن العبد؛ أي: من قيمته.

وقوله: (**بَعْدَ الْبُرْءِ**) أي: الحر، وهذا مقيد بها إذا لم يكن الجرح لم يتلف المقصود منه، وأما إن أتلفه فإنه يضمن جميع قيمة العبد ويعتق عليه أحب سيده أم كره؛ لأن قيمته عوضه، وهو مضار في ترك قيمته، وأخذ ما لا ينتفع به، وإحرام العبد العتق.

وقوله في المدونة: ويعتق عليه هو المشهور. وقال ابن الماجشون ومطرف: لا يعتق عليه لأنه إنما مثل بعبد غيره.

قوله: (**وَفِي الشِّجَاجِ الأَرْبَعِ**) أي: المأمومة والجائفة والمنقلة والموضحة (**مِنْ قِيمَتِهِ بِنِسْبَتِهَا مِنَ الدِّيَةِ**) ففي كل من المأمومة والجائفة ثلث قيمته وهو ظاهر، وإنما فرق بين هذه وغيرها مما فيها تقدير كاليد والسن؛ لأن هذه الجراح قد تبرأ [٧١٤/ أ] من غير شين، فلو لم يلزم الجاني إلا ما سلم في بعض الأوقات من أرش الجناية بخلاف غيرها، هكذا في عيسى بن دينار.

وَعَلَى ذَلِكَ فَلَوْ جَبَّهُ فَلَمْ يُنْقِصْهُ فَلا غُرْمَ وَيُعَاقَبُ فِي الْعَمْدِ

قد تقدم الكلام على هذه المسألة وما فيها من الخلاف في الغصب حين ذكرها المصنف.

وقوله: (**وَيُعَاقَبُ فِي الْعَمْدِ**) ليست العقوبة خاصة بهذه المسألة، بل هي في كل جناية عمد.

وَالْمَرْأَةُ مُسْلِمَةً أَوْ غَيْرُهَا تُعَاقِلُ الرَّجُلَ مِثْلَهَا مَا لَمْ تَبْلُغْ ثُلُثَ دِيَتِهِ فَإِذَا بَلَغَتْهُ رُدَّتْ إِلَى قِيَاسِ دِيَتِهَا، فَفِي ثَلاثَةِ أَصَابِعَ مِنَ الْمُسْلِمَةِ ثَلاثُونَ وَفِي أَرْبَعٍ عِشْرُونَ، وَالْمُوضِحَةُ وَالْمُنَقِّلَةُ كَالرَّجُلِ، وَالْمَأْمُومَةُ وَالْجَائِفَةُ نِصْفُهَا...

تعاقله؛ أي: تساويه في العقل. ومعنى قوله: (**مِثْلَهَا**) المسلمة تعاقل المسلم والكتابية تعاقل الكتابي. ثم بين أن تلك المساواة بشرط ألا تبلغ الثلث، فإن بلغته رجعت إلى عقلها، ثم بين ذلك فقال: (**فَفِي ثَلاثَةِ أَصَابِعَ مِنَ الْمُسْلِمَةِ ثَلاثُونَ**) لكونها لم تبلغ ثلث

الدية، (**وَفِي أَرْبَعٍ عِشْرُونَ**) لرجوعه إلى ديتها، وهي في الموضحة والمنقلة كالرجل بخلاف المأمومة والجائفة.

ولما كان هذا الحكم يستشكله الذهن بأول وهلة أتبعه بالدليل عليه فقال:

وَهُوَ إِجْمَاعُ أَهْلِ الْمَدِينَةِ، وَرَوَى مَالِكٌ عَنْ رَبِيعَةَ: سَأَلْتُ ابْنَ الْمُسَيِّبِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ: كَمْ فِي ثَلاثَةِ أَصَابِعَ مِنَ الْمَرْأَةِ؟ فَقَالَ: ثَلاثُونَ. فَقُلْتُ: كَمْ فِي أَرْبَعٍ؟ فَقَالَ: عِشْرُونَ. فَقُلْتُ: حِينَ عَظُمَ جُرْحُهَا نَقَصَ عَقْلُهَا. فَقَالَ: أَعِرَاقِيٌّ أَنْتَ؟ فَقُلْتُ: بَلْ عَالِمٌ مُتَثَبِّتٌ، أَوْ جَاهِلٌ مُتَعَلِّمٌ، فَقَالَ: هِيَ السُّنَّةُ يَا ابْنَ أَخِي..

هذا نقله ابن شاس، ونقل ابن عبد البر: جمهور المدينة. وبه قال الفقهاء السبعة، وعمر بن عبد العزيز والليث وعطاء وقتادة وزيد بن ثابت رضي الله عنهم، ورواه النسائي عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «**عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى يبلغ الثلث من ديتها**».

عبد الحق: وفيه عياش وهو في غير الشاميين ضعيف.

ابن عبد البر: وقول ابن المسيب: (**هِيَ السُّنَّةُ**) يدل على أنه أرسله عن النبي صلى الله عليه وسلم.

وَحَيْثُ اتَّحَدَ الْفِعْلُ أَوْ كَانَ فِي حُكْمِهِ لَمْ يُعْتَبَرِ اتِّحَادُ الْمَحَلِّ، فَضَرْبَةٌ وَاحِدَةٌ تُبِينُ أَصَابِعَ مِنْ يَدَيْنِ حُكْمُهَا حُكْمُ الْيَدِ...

لما بين أنها تعاقله فيما دون الثلث ولا تعاقله في الثلث أخذ يبين ما يضم من الجنايات وما لا يضم، فذكر أن الفعل الواحد أو ما في حكمه يوجب الضم وإن اختلف المحل كما أن اتحاد المحل يوجب الضم وإن افترق الفعل، وخالف عبد العزيز في هذا فرأى أن ما كان مفترقاً لا يضم وإن كان في فور واحد وليس كالضربة الواحدة، وروى المغيرة عن مالك مثله. **أشهب**: والأول أحب إلينا كالسارق أصل سرقته.

وقوله: (**حُكْمُهَا**) أي: حكم اليدين كاليد الواحدة فإن قطع من اليدين ثلاثة أصابع فعليه ثلاثون، وإن قطع أربعاً فعشرون.

فَلَوْ قُطِعَ لَهَا بَعْدَهُ أُصْبُعٌ لَمْ يُضَمَّ بَلْ تَأْخُذُ لَهُ عُشْراً إِنْ كَانَ ثَانِياً أَوْ ثَالِثاً أَوَ خَامِساً كَمَا لَوْ كَانَ فِي كُلِّ يَدٍ عَلَى حِيَالِهَا وَكَذَلِكَ الرِّجْلانِ...

الضمير في (**بَعْدَهُ**) يعود على الضرب المفهوم من ضربه أو على القطع المفهوم من (**تُبِينُ**).

وقوله: (**بَلْ تَأْخُذُ**) ذكَّر الأصبع لأنه يؤنث ويذكَّر، نص عليه الجوهري، ومراده بقوله: (**لَمْ يُضَمَّ**)؛ أي اليدين معاً، ويضم إلى اليد الواحدة فتأخذ له عشراً إن كان من اليد الأولى أصبع أو أصبعين، وهو معنى قوله: (**ثَانِياً أَوْ ثَالِثاً**) على اختلاف النسخ وخمساً إن كان وافق بأن يكون قطع من اليد أولاً ثلاثة أصابع، (**أَوَ خَامِساً**) بأن يكون قطع أولاً أربعاً.

وقوله: (**كَمَا لَوْ كَانَ... إلخ**) كما لو كان القطع في كل يد بانفرادها، ثم قطعت بعد ذلك من أحد اليدين فإنها لا تضم إلى اليد المقطوعة، وقوله: (**وَكَذَلِكَ الرِّجْلانِ**) أي: في جميع ما تقدم، وضابط هذا أنك تضم إذا اتحد المحل وإن تعدد الضرب، وكذلك تضم إذا اتحد الضرب وإن تعدد المحل وإن لم يتحد فلا يضم، واعترض عليه ابن عبد السلام: تذكير الأصبع وهو مؤنث، وقد تقدم ما يجاب عنه، وكذلك بتقديرنا قوله: (**لَمْ يُضَمَّ**)؛ أي اليدين معاً يندفع قوله ابن عبد السلام أيضاً، فقول المصنف: (**لَمْ يُضَمَّ**) منافٍ لقوله: (**وخمساً إن كان رابعاً**)، والله أعلم.

وَقِيلَ: لا يُضَمُّ شَيْءٌ إِلَى مَا قَبْلَهُ فِيهِمَا كَالْمَشْهُورِ فِي الأَسْنَانِ وَكَالْمَوَاضِحِ أَوْ الْمَنَاقِلِ الْمُتَعَدِّدَةِ...

(**فِيهِمَا**) أي في الصورتين المتقدمتين إذا كان المقطوع في اليدين أو في كل يد على حالها، ويحتمل أن يعود على اليدين أو الرجلين على ما إذا تعدد الضرب وقرب الزمان

بينهما أو بعد، وهذا القول مذهب عبد العزيز بن سلمة، وروى المغيرة عن مالك مثله، وذلك أن هذين الإمامين يقولان: لا يضاف حكم أصبع إلى الآخر إلا أن يقطع من الكف في ضربة واحدة أربع أصابع فتأخذ بحساب عقلها، ثم إن قطع بعد ذلك الأصبع الخامسة يكون خمس، وقال عبد الملك: عشرة. ونحوه عن ابن نافع، فيتحصل في المسألة ثلاثة أقوال. انتهى.

وقوله: (**كَالْمَشْهُورِ فِي الأَسْنَانِ**) يعني أن المشهور فيها عدم الضم، بل تأخذ لكل سن قطعت بعد غيرها خمساً، والقولان لابن القاسم، ورأى في الشاذ الضم كالأصابع. اللخمي: وعدم الضم أقيس، ولا يصح الضم إلا على قول ابن المسيب أن في جميع الأسنان [٧١٤/ ب] دية كالأصابع في جميعها، وأما على قول مالك أنه لا يقتصر على دية وأن في كل واحدة خمس فلا يحسن، ويكون كالمواضح والمناقل فلا يضم بعضها إلى بعض قالوا: باتفاق.

وَلا يُضَمُّ الْخَطَأُ إِلَى الْعَمْدِ - اقْتَصَّتْ أَوْ عَفَتْ - فَتَأْخُذُ لِرَابِعٍ وَخَامِسٍ عِشْرِينَ

هذا هو المعروف، ولم يختلف فيه قول ابن القاسم وروايته، قال في البيان: وروى أشهب أنه يحسب عليها من أصابعها ما أصيب به عمداً، وهو قول سحنون والبرقي.

وَالدِّيَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ إِذَا كَانَتْ خَطَأً أَوْ فِي حُكْمِهِ مِنْ غَيْرِ اعْتِرَافٍ وَبَلَغَتْ ثُلُثَ دِيَةِ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ أَوِ الْجَانِي أَيْضاً عَلَى الأَشْهَرِ مُنَجَّمَةً...

لما فرغ من تقدير الديات في النفس وأجزائها شرع في بيان من هي عليه فذكر أن الدية على العاقلة بشرط أن تكون الجناية خطأً أو في حكمه، وهو العمد الذي لا قصاص فيه كالمأمومة والجائفة، ولا يريد بما في حكمه الدية على الأب فإنه قد تقدم أن المشهور كونها على الأب.

وقوله: **(مِنْ غَيْرِ اعْتِرَافٍ)** يعني: ويشترط في وجوبها على العاقلة أن يثبت القتل ببينة، أو في معناه من اللَّوْث بخلاف الاعتراف، وسيأتي ما فيه من الخلاف.

قوله: **(وَبَلَغَتْ ثُلُثَ دِيَةِ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ أَوِ الْجَانِي)** شرط ثالث؛ أي أن الدية لا تجب على العاقلة إلا أن تبلغ الثلث.

أبو عمر: وهو قول الفقهاء السبعة خلافاً للشافعي في حملها القليل والكثير، وقوله: **(ثُلُثَ دِيَةِ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ أَوِ الْجَانِي أَيْضاً)** أي أيهما بلغ حملته العاقلة، والأشهر مذهب المدونة فلو وجبت على رجل منقلة حملتها العاقلة، ومقابل الأشهر في العتبية أن العاقلة إنما يحتمل ما بلغ ثلث دية المجني دون الجاني، ويظهر الخلاف في المرأة والكتابي والمجوسي، ولعبد الملك ثالث: أن العاقلة لا تحمل إلا ثلث دية رجل كان الجاني رجلاً أو امرأة، وإنما جعلت الدية على العاقلة؛ لأنه عليه الصلاة والسلام كذلك فعل، ولم تجعل على الجاني رفقاً به؛ لأنه معذور بالخطأ، ورفقاً أيضاً بالعاقلة في جعلها عليهم منجمة في ثلاث سنين، وحكى اللخمي عن أشهب أن العاقلة لا تحمل إلا ما زاد على الثلث.

وَأَمَّا فِي الْعَمْدِ وَفِيما لَمْ يَبْلُغِ الثُّلُثَ فَعَلَى الْجَانِي حَالَّةً

هذا بيان ما احترز عنه، وقوله: **(حَالَّةً)** هو المشهور، وقيل: إن دية العمد منجمة.

وَجِرَاحُ الْعَمْدِ الَّتِي لا قَوَدَ فِيهَا كَالْمَأْمُومَةِ وَالْجَائِفَةِ وَكَسْرِ الْفَخِذِ إِنْ بَلَغَ ثُلُثَ الدِّيَةِ عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَإِلَيْهِ رَجَعَ بِخِلافِ قَطْعِ الْيَدِ وَنَحْوِهِ مِمَّا لَوْ كَانَ لَهُ لَقَطَعَ لأَنَّ هَذَا يَسْقُطُ لِلْعَدَمِ...

يعني: أنه اختلف في الجراح التي لا قصاص فيها لكونها متالف فكان مالك أولاً يقول: عقلها في مال الجاني. ثم رجع إلى أنه على العاقلة بناءً على النظر العمد أو إلى عدم القصاص فكانت كالخطأ، ولمالك ثالث أنها في ماله إلا أن يكون عديماً فعلى العاقلة.

وقوله: (**بخلاف... إلخ**) أي أن القصاص في هذا إنما سقط لعدم وجود مثله للجاني فلهذا يكون عقل ذلك في ماله، بخلاف المأمومة ونحوها فإن القصاص قد سقط مع أن موضعها قائم.

وَلَوْ شَجَّهُ مُوضِحَةً خَطَأً فَذَهَبَ عَقْلُهُ وَسَمْعُهُ فَدِيَتَانِ وَنِصْفُ عُشْرٍ عَلَى الْعَاقِلَةِ، وَكَذَلِكَ لَوْ شَجَّهُ مُوضِحَةً وَمَأْمُومَةً بِضَرْبَةٍ وَاحِدَةٍ...

نحوه في المدونة، وهو ظاهر على مذهب مالك الذي يرى العقل في القلب، وأما على قول عبد الملك فإذا كانت الموضحة في اللحي الأعلى من الوجه فكذلك وإن كانت في الدماغ تسقط دية الموضحة، واحترز بقوله: (**خَطَأً**) مما لو كانت الموضحة عمداً فإنه يقتص له من الموضحة، فإن ذهب عقل المقتص منه وسمعه فواضح، وإن لم يذهب ذلك فدية ذلك في مال الجاني على المشهور.

قوله: (**وَكَذَلِكَ لَوْ شَجَّهُ مُوضِحَةً وَمَأْمُومَةً**) إنما مثل مثالين لينبه على أنه لا فرق بين جرح ومنفعة وبين جرحين.

وقوله: (**بِضَرْبَةٍ**) احترازاً من ضربتين فإن العاقلة لا تحمل الموضحة حينئذٍ؛ لأنها دون الثلث.

وَالدِّيَةُ الْمُغَلَّظَةُ عَلَى الْجَانِي عَلَى الْمَشْهُورِ

قد تقدم هذا.

وَلا تَحْمِلُ الْعَاقِلَةُ جِنَايَةَ عَمْدٍ وَلا عَبْدٍ وَلا صُلْحاً ولا قَاتِلاً نَفْسَهُ عَمْداً أَوْ خَطَأً، وَلا اعْتِرَافاً وَلا أَقَلَّ مِنَ الثُّلُثِ...

أما العمد فلا خلاف أن العاقلة لا تحمله إلا ما تقدم من المتالف، وأما العبد فلأنه إن جنى عمداً اقتص منه، وإن جنى خطأً ففي رقبته، وأما الصلح فإن كان عمن يلزم العاقلة

من دية الخطأ فمن حق العاقلة أن ترده إن شاءت، وإن كانت عن عمد فلا يلزمها الأصل ولا الفرع، وجمهور العلماء على أنه لا شيء في قتل الإنسان نفسه، ورأى الأوزاعي على عاقلته الدية، وسيأتي الخلاف في الاعتراف بالخطأ. قوله: (**وَلا أَقَلَّ مِنَ الثُّلُثِ**) تقدم الكلام عليه.

وَالْعَاقِلَةُ هِيَ الْعَصَبَةُ وَأُلْحِقَ بِالْعَصَبَةِ أَهْلُ الدِّيوَانِ لِعِلَّةِ التَّنَاصُرِ

هذا ما قال مالك أن العاقلة هي العصبة، ابن الجلاب: قربوا أو بعدوا. ابن عبد البر: وكانت الدية في الجاهلية تحملها العاقلة فأقرها رسول الله صلى الله عليه وسلم، وكانوا يتعاقلون بالنصرة فجرى الآن على ذلك، حتى فعل عمر رضي الله عنه الديوان.

قوله: (**وَأُلْحِقَ بِالْعَصَبَةِ**) مجمل في حمل العقل من حيث الجملة، ويحتمل أنهم يدخلون معهم في الحمل، والأول هو المراد؛ لأن ظاهر كلام مالك وأشهب وأصبغ أن الديوان مقدم على العصبة، وسيصرح المصنف بذلك، وحكى ابن شعبان قولاً بأنه لا مدخل للديوان في [٧١٥/ أ] العصبة ولا يعقل على الإنسان إلا قومه.

وَقَالَ أَشْهَبُ: بِشَرْطِ قِيَامِ الْعَطَاءِ

هكذا نقله اللخمي عن أشهب وابن القاسم، ومعناه أنه إنما يحمل أهل الديوان بشرط قيام العطاء لهم ليعطوا منه.

أشهب: وإن لم يكن عطاءً قائماً يحمل عنه قومه، وإن لم يكن في أهل الديوان من يحمل ذلك لم يدخل معهم الخارجون من أهل الديوان، ويضم إليهم من أهل الديوان أقرب القبائل إليهم.

وَالْمَوَالِي الأَعْلَوْنَ

أي: اتفقوا على دخول المولى الأعلى؛ لأنه من العصبة، وعصبة النسب مقدمة عليه كما تقدم الأقرب فالأقرب من ذوي الأنساب.

وَبَيْتُ الْمَالِ

أي: لمن لا عاقلة له؛ لأنهم كما يرثون يعقلون عنه.

وَلِذَلِكَ يُقْسِمُ مَوَالِي أُمِّ الْمُلاعَنَةِ عَلَى ابْنِهَا فِي الْعَمْدِ، فَلَوْ كَانَتْ مِنَ الْعَرَبِ فَلا قَسَامَةَ، وَأَمَّا فِي الْخَطَأ فَوَرَثَتُهُ...

ولأجل أن المولى الأعلى من العاقلة، لموالي الملاعنة أن يقسموا على ابنها في العمد والدية في الخطأ، وإن كانت من العرب فلا قسامة في العمد لعدم العاصب بخلاف الخطأ فتقسم أمه وإخوته لأمه ويأخذون حظهم من الدية، وإلى هذا أشار بقوله: (**وَأَمَّا فِي الْخَطَأ فَوَرَثَتُهُ**)، ولو أسقط المصنف (**أُمِّ**)، وقال: مولى الملاعنة لكان أصوب، ولعله من إضافة الصفة إلى الموصوف؛ أي الأم الملاعنة.

وَالْمُوَالِي وَالْمُحَالِفُ فَلَيْسَ مِنْهَا

أي: من العاقلة.

وَفِي الْمَوَالِي الأَسْفَلِينَ قَوْلانِ

القول بدخولهم رواه أصبغ عن ابن القاسم، وأكثر مسائل أهل المذهب تدل عليه، والقول بعدم دخولهم لسحنون في كتاب ابنه، وهو أقيس؛ لأنهم ليسوا عصبة ولا ورثة.

وَفِي دُخُولِ الْجَانِي فِي التَّحَمُّلِ رِوَايَتَانِ

استظهره ابن القصار وهو الصواب، وذكر صاحب الإشراف عن بعض أصحابنا أن قول مالك بدخوله استحسان وليس بقياس.

يُبْدَأُ بِأَهْلِ الدِّيوَانِ فَإِنِ اضْطُرَّ إِلَى مَعُونَةٍ أَعَانَتْهُمْ عَصَبَتُهُمْ

أي: بأهل الديوان وإن كانوا قبائل شتى، وهكذا في الموازية والعتبية، قال في البيان: وهو خلاف المدونة أن العقل إنما هو على عصبة القاتل فإن اضطر إلى معونة الديوان أعانهم عصبتهم، وفي الموازية: أعانهم من قومه من ليس معهم في الديوان، قال: ما يفعلون ذلك وإني لا أرى ذلك. ابن المواز: ليس ذلك عليهم.

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْ دِيوَانٍ فَعَصَبَتُهُ وَيُبْدَأُ بِالْفَخِذِ ثُمَّ الْبَطْنِ ثُمَّ الْعِمَارَةِ ثُمَّ الْفَصِيلَةِ ثُمَّ الْقَبِيلَةِ ثُمَّ أَقْرَبِ الْقَبَائِلِ...

هكذا ذكر ابن شاس، وحاصله: البداءة بالأقرب فالأقرب، وما ذكره المصنف راجع إلى اللغة، وحكى الجوهري ما حكاه المصنف عن أبي عبيد عن ابن الكاتب عن أبيه قال: الشعب أكبر من القبيلة ثم العصبة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ، ولنقتصر على هذا فإنه متعلق باللغة لا بالفقه، ونقل ابن كوثر وابن أبي جمرة في وثائقهما عن سحنون أن حد العاقلة سبعمائة منتمون إلى أب واحد، وفي البيان في الديات الأولى أن في رواية سحنون: إذا كانت العاقلة خمسمائة وألف فهم قليل، ويتمم أقرب القبائل إليهم.

فَإِنْ لَمْ تَكُنْ عَصَبَةٌ فَمَوَالِي فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَبَيْتُ الْمَالِ إِنْ كَانَ الْجَانِي مُسْلِماً، وَإِنْ كَانَ ذِمِّيّاً فَأَهْلُ إِقْلِيمِهِ مِنْ أَهْلِ دِينِهِ ثُمَّ يَضْرِبُ الأَقْرَبُ الَّذِينَ مِنْ كُوَرِهِمْ

أي: الأعلون والأسفلون على الخلاف المتقدم.

وقوله: (**إِنْ كَانَ الْجَانِي مُسْلِماً**) هذا شرط في بيت المال؛ لأن ما قبلها من المراتب يشترط فيها المسلم والذمي، وما ذكره المصنف ظاهر على القول بأن مال الكتابي الحر لأهل دينه ولورثته، وأما على قول ابن القاسم بأن ماله للمسلمين فينبغي أن يعقل عنه في بيت المال.

واحترز بقوله: (**مِنْ أَهْلِ دِينِهِ**) من اليهودي بالنسبة إلى النصراني وبالعكس.

سحنون: وإذا لزمتهم أي اليهود بمدينة القيروان وإفريقية دخل فيها من إفريقية من اليهود الذين يحملون معهم الخراج فكل من كان يحمل معهم الخراج فكان خراجهم واحداً يأخذون به ويعقلون عنه، وإن لم يكن فيمن معهم الخراج قوة على أداء العقل أسلفهم الإمام ولا يقدحون.

أشهب: وإن دخل إلينا حربي بأمان فقتل مسلماً خطأً حبس وأرسل إلى موضعه وكورته فيخبرونهم بما صنع وما يلزمهم في حكمنا فإن أدوا عنه وإلا لم يلزمه إلا ما كان يؤديه معهم، رواه البرقي عنه، وروي عن سحنون الدية في مال الجاني، وليس على أهل بلده منها شيء، وقال ابن القاسم: ديته على أهل دينه الحربيين، والكُوَر: بضم الكاف وفتح الواو، جمع كورة بضم الكاف وسكون الواو، الجوهري: وهي المدينة.

فَإِنْ كَانُوا مِنْ أَهْلِ صُلْحٍ فَأَهْلُ ذَلِكَ الصُّلْحِ

هكذا قال مالك في الموازية.

وَلا يُضْرَبُ عَلَى أَحَدٍ مِنَ الْعَاقِلَةِ إلا بِمَا لا يَضُرُّ بِمَالِهِ وَيُؤْخَذُ مِنَ الْغَنِيِّ بِقَدْرِهِ وَمِمَّنْ دُونَهُ بِقَدْرِهِ، وَلا يُضْرَبُ عَلَى فَقِيرٍ وَلا عَلَى مُخَالِفٍ فِي الدِّينِ وَلا على عَبْدٍ وَلا صَبِيٍّ وَلا امْرَأَةٍ ...

يعني: أنه لا يؤخذ من كل واحد من العاقلة إلا ما لا يضر بماله؛ فلذلك يختلف الضرب بحسب الغنى والفقر.

قوله: (**وَلا يُضْرَبُ**) فهذا بيان منه لموانع ضربها، فلا تضرب على فقير؛ لأنها إعانة والفقير ينبغي أن يعان، ولا على مخالف في الدين لأن علتها التناصر، ولا تناصر مع اختلاف الدين، والعبد كالفقير، والصبي والمرأة [٧١٥/ ب] لا تناصر فيهم، اللخمي:

خمسة يعقل عنهم ولا يعقلون: الصبيان والمجانين والنساء والفقير والغارم، وإذا كان عليه من الدين بقدر ما في يديه ويفضل له ما يكون به في عدد الفقراء، ولو كان لا شيء بيده فهو فقير.

فَلَوْ بَلَغَ الصَّبِيُّ أَوْ قَدِمَ الْغَائِبُ لَمْ يَدْخُلْ، فَلَوْ أُعْدِمَ مَنْ جُعِلَ عَلَيْهِ لَمْ تُزَلْ

أي: المعتبر من كان موصوفاً بالصفات المتقدمة يوم ضربها؛ فلذلك إن بلغ الصبي أو قدم الغائب لم يدخلا، ولا تزاد على من أيسر، ولو أعدم من جعلت عليه لم تزل.

وَفِيمَنْ مَاتَ قَوْلانِ

الأقرب عدم السقوط لاتفاقهم على العدم، وهو قول ابن القاسم، والقول الآخر لأصبغ، قال: ويرجع ذلك إلى بقية العاقلة.

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: كَانَ يُؤْخَذُ مِنْ أَعْطِيَاتِ النَّاسِ مِنْ كُلِّ مِائَةٍ دِرْهَمٌ وَنَصِفٌ

هذا كالبيان لقوله: ولا تضرب إلا بما لا يضر بماله.

وَلا دُخُولَ لِلْبَدَوِيِّ مَعَ الْحَضَرِيِّ وَإِنْ كَانَتْ قَبِيلَتَهُ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ خِلافاً لأَشْهَبَ، كَمَا لا يَدْخُلُ أَهْلُ مِصْرَ مَعَ أَهْلِ الشَّامِ وَإِنْ كَانُوا أَقْرَبَ، وَيُعَدُّ كَالْمَعْدُومِ ...

يعني: لا تعقل أهل البادية مع الحاضرة ولا بالعكس وإن كانت قبيلة، وهذا مذهب مالك في المدونة، وبه أخذ ابن القاسم بأنه لا يستقيم أن يكون في دية واحدة إبل وعير، وأجاز ذلك أشهب، قال: ويخرج أهل البادية ما يلزمهم إبلاً وإن كان الجارح ليس منهم، ويخرج أهل القرى حصتهم عيناً وإن كان الجارح ليس منهم، وإنما تؤخذ الإبل من البدوي بقيمتها.

ابن عبد السلام: وانظر قوله: بقيمتها، وما المانع من أخذها بالجزء من نصف أو ثلث كما لو كان قاتلان أحدهما بدوي والآخر حضري، ولأشهب وعبد الملك قول آخر أن الأقل تبع للأكثر إن كان أهل العمود الأكثر كانت الدية إبلاً ويؤدي معهم أهل القرى ما عليهم إبلاً وبالعكس، وإن كان ما عليهم متناصفاً، زاد عبد الملك أو يقرب بعضهم من بعض فيحمل كل فريق من ذلك ما هم أهله، ورواه ابن وهب عن مالك.

وقوله: (**لا يَدْخُلُ أَهْلُ مِصْرَ مَعَ أَهْلِ الشَّامِ**) وهو تشبيه لإفادة الحكم، وليس مراده به حجة على أشهب، قال بعض من تكلم على هذا الموضع: ويحتمل الاستدلال؛ لأن ابن القاسم وأشهب اتفقا على ذلك.

وَفِي ضَمِّ مِثْلِ كُوَرِ فُسَطَاطِ مِصْرَ إِلَيْهَا قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ

يعني: أنه اختلف في مثل ضم أعمال مصر إليها، فقال بالضم ابن القاسم، وقال أشهب بعدمه، وحكي عن أشهب أيضاً الضم، وهو الأقرب لأن البلد الواحد قد يضيق عن حملها، وذهب أن مصر لا يضيق فليس غيرها كهي، والمراد بفسطاط مصر نفس المدينة، وأما مصر إذا أطلقت فقال اللخمي: مراد ابن القاسم بمصر أهل الكورة، ومصر من أسوان إلى الأسكندرية، وقال سحنون في إفريقية: يضم عقلها بعضها إلى بعض من طرابلس إلى طبنة.

خليل: ومن انقطع من أهل جهة فسكن جهة أخرى اختبر الموضع الذي انتقل إليه، وأشار غير واحد إلى أنه بنفس الانتقال يتغير الحكم؛ يعني إذا فرضت الدية ولو في اليوم الذي انتقل فيه، وقال بعضهم: لا بد أن تكون تقدمت قبل ذلك بأربعة أيام، وهذا الخلاف أشار بعض الشيوخ إلى تخريجه هنا من مسائل المقدمات.

وَتُنَجَّمُ الْكَامِلَةُ عَلَى الْمُسْلِمِ وَغَيْرِهِ ثَلاثَ سِنِينَ أَثْلاثاً وَفِي آخِرِهَا مِنْ يَوْمِ الْحُكْمِ

أي: الدية الكاملة على المسلم؛ أي المأخوذة من قبل المسلم أو غيره، ونبه بذلك حتى لا يتهم أن الكاملة مقصورة على دية المسلم؛ إذ هي أكمل الديات.

وقوله: (**ثَلاثَ سِنِينَ**) لا خلاف في ذلك.

ابن عبد البر: وما قيل: في أربع فشذوذ. و(**أَثْلاثاً**) منصوب على الحال؛ أي متساوية، وقوله: (**فِي آخِرِهَا**) زيادة في البيان؛ إذ لو كان الدفع في أول كل سنة لزم أن تكون في سنتين، وهو مناقض لجعلها في ثلاث.

قوله: (**يَوْمِ الْحُكْمِ**) أي يوم القتل أو يوم الخصام.

وَفِي حُلُولِ غَيْرِ الْكَامِلَةِ قَوْلانِ

هما روايتان، والمشهور التنجيم، وهو الموافق لقضاء عمر؛ لأنه فرض ثلثي الدية في سنتين، نقله ابن عبد البر، ولأنه إذا قيل بالحلول يكون في غير الكاملة أكثر من الكاملة؛ لأن الثلاثة الأرباع أو الثلثين إذا كانت حالة قد يكون أكثر من قيمة فيسعها مؤجلاً.

وَعَلَى تَنْجِيمِهِ فَفِي ثَلاثِ سِنِينَ، أَوْ بِالنِّسْبَةِ قَوْلانِ

يعني: وإذا فرعنا على القول بتنجيم غير الكاملة فاختلف: هل ذلك في ثلاث سنين أو بالنسبة فيكون الثلث في سنة والنصف في سنة ونصف؟ ومقتضى كلامه أنه لو وجب الثلث على القول الأول نجم في ثلاث سنين، وهذا لا يوجد، وإنما ذلك بشرط أن يزيد الواجب على الثلثين كثلاثة أرباع الدية وخمسة أسداس.

وَعَلَى النِّسْبَةِ فَفِي مِثْلِ النِّصْفِ وَالرُّبُعِ ثَالِثُهَا: يَنْظُرُ الْحَاكِمُ، وَالْمَشْهُورُ التَّنْجِيمُ بِالأَثْلاثِ، وَلِلزَّائِدِ سَنَةٌ فَالنِّصْفُ وَالرُّبُعُ فِي ثَلاثَةٍ...

يعني: واختلف إذا بنينا على القول بالنسبة في مثل النصف والثلاثة الأرباع، قيل: يجتهد الإمام فيه إن رأى أن يجعله في سنتين أو في سنة ونصف، وأخذ ابن القاسم في المدونة بالسنتين فقال: وفي سنتين أحب إلي لما جاء أن الدية تقطع في ثلاث سنين أو أربع، وقال أشهب: في النصف يؤخذ الثلث إذا مضت سنة، والسدس الباقي [٧١٦/ أ] إذا مضت السنة الثانية، وزاد اللخمي عن مالك قولاً آخر في النصف بأن يكون في سنة ونصف، قال في المدونة إثر الروايتين: أو ثلاثة أرباعها في ثلاث سنين، وقال في خمسة أسداسها: يجتهد الإمام في السدس الباقي.

عياض: يعني يجتهد حتى يجعل في أول السنة الثالثة أو وسطها أو آخرها، وقيل: يأتي على قوله في ثلاثة أرباع الدية في ثلاث سنين ربع كل سنة أن يقسم خمسة أسداس الدية على ثلاثة سنين. انتهى.

ولم أر ما شهره المصنف فضلاً عن أن يكون شهوراً، ولعله أخذه مما في المدونة أن الثلاثة الأرباع في ثلاث، ثم إن القولين المتقدمين من كلام المصنف. وقوله: (**التَّنْجِيمُ بِالأَثْلاثِ، وَلِلزَّائِدِ سَنَةٌ**) وفي بعض النسخ (نسبة).

ابن عبد السلام: والثانية هي الصواب؛ لأنه على الأولى يكون تكراراً مع القول المتقدم، وأن غير الكاملة تكون في ثلاث سنين على السواء، وعلى هذا يكون الثلثان في سنتين وللزائد أيضاً سنة.

ثم قوله إثر هذا: (فالنصف والربع في ثلاث سنين) بغير النسخة الأولى.

ابن المواز: إن جاوزت الثلثين فأمر بين فهي كالكاملة، وإن جاوزت بالشيء اليسير فذلك كل شيء.

الباجي: وإذا قلنا ما زاد على الثلثين يقطع في ثلاثة أعوام، فقال أشهب: يقطع في كل سنة ثلاثة، وإن لم يكن له مال قطع في سنتين، واستحسن أن تكون الزيادة في آخر السنتين، قال: وإن كانت ثلثاً وزيادة يسيرة فهي في سنة، وإن كان له بال ففي السنة الثانية، قال ذلك كله ابن سحنون عن أبيه.

وَحُكْمُ مَا وَجَبَ عَلَى عَوَاقِلَ مُتَعَدِّدَةٍ بِجِنَايَةٍ وَاحِدَةٍ فِي التَّنْجِيمِ حُكْمُ الْعَاقِلَةِ كَمَا أَنَّ حُكْمَ مَا وَجَبَ بِالْجِنَايَاتِ الْمُتَعَدِّدَةِ خَطَأً فِي حَمْلِ الْعَاقِلَةِ حُكْمُ مَا وَجَبَ بِالْجَانِي الْوَاحِدِ...

أي: أن اتحاد الجناية مع تعدد الجاني يجعل حكم العاقلة الواحدة عشرة رجال حملوا خشبة وقطعت منهم على رجل فإن الدية تنجم على عاقلة كل واحد منهم، ويكون على قبيلة كل واحد منهم عشر الثلث في كل سنة من الثلاث كما أن الجنايتين المتعددتين من قبيلة حكمهما حكم ما وجب بالجاني الواحد فتنجم عليها الجناية وإن تعددت، وهي مصيبة نزلت عليها، ونبه المصنف على هذا دفعاً لتوهم أن الجناية الثانية إنما تنجم على العاقلة بعد وفائهم الأولى.

وَتَجِبُ فِي الْجَنِينِ ذَكَراً أَوْ أُنْثَى عَمْداً أَوْ خَطَأً إِذَا كَانَ حُرّاً مُسْلِماً - حُرّاً كَانَ أَبُوهُ أَوْ عَبْداً - فِي مَالِ الْجَانِي غُرَّةٌ...

قد تقدم الحديث المقتضي لذلك، ثم لا فرق في الجنين بين أن يكون ذكراً أو أنثى ولا أن يكون بفعل عمد أو خطأ بشرط أن يكون حرّاً، إما أن تكون أمه حملت به وهي حرة، وإما أن تكون أمةً لأبيه، وبشرط أن يكون محكوماً له بالإسلام. وسيأتي الكلام على الجنين المحكوم له بالرق والكفر.

وقوله: (**فِي مَالِ الْجَانِي**) متعلق بـ(**تَجِبُ**)، وهذا مذهب المدونة، وروى أبو الفرج أن العاقلة تحملها؛ لأنها دية شخص قائم بنفسه، والأول مقيد بألا تكون دية الجاني، ففي

المدونة: وإن ضرب مجوسي أو مجوسية بطن مسلمة خطأ فألقت جنيناً ميتاً حملته عاقلة الضارب، والتخويف حتى تسقط موجب الغرة كالضرب بشرط أن يثبت التخويف أنه أمر يخاف منه وأن يشهد الشهود أنها لزمت الفراش منذ تخوفت إلى أن يسقط، وشهد النساء على السقط.

وَهُوَ مَا تُلْقِيهِ الْمَرْأَةُ مِمَّا يُعْرَفُ أَنَّهُ وَلَدٌ مُضْغَةً كَانَ أَوْ غَيْرَهَا

هذا الباب وما تكون به أم الولد وما تحل به المعتدة واحد، وقد تقدم خلاف ابن القاسم في الدم المجتمع الذي لا يذاب بالماء الساخن، وقد يقال: كلام المصنف هنا يوهم قصر الحكم على المضغة فما بعدها إلا أن يقال: غيرها يعم.

وَفِي جَنِينِ الذِّمِّيِّ نِصْفُهَا

أضاف الجنين للذمي لأنه تابع لأبيه، (**نِصْفُهَا**) أي نصف دية جنين المسلم، ومراده بالذمي الكتابي؛ لأن المجوسي لا تبلغ ديته النصف لأن دية الجنين إما عشر دية أمه أو نصف عشر دية أبيه، فدية جنين المجوسي أربعون درهماً.

وَفِي جَنِينِ الرَّقِيقِ عُشْرُ قِيمَةِ الأُمِّ، وَقِيلَ: مَا نَقَصَهَا

الأصل مذهب المدونة، ولا التفات إلى حرية أبيه لأنه تابع لأمه في الرق، والقول الثاني لابن وهب، ومنشأ الخلاف هل قيمة الأمة كدية الحرة، والأمة مال فكانت كسائر البهائم فإنه ليس فيها إلا ما نقص، ولو تزوج نصراني مجوسية أو بالعكس ففي جنينها قولان: هل على حكم أبيه أو حكم أمه؟ والأول أصح، وكذلك اختلف في العبد المسلم يكون زوج الكتابية، فقال ابن القاسم: تجب في ولده غرة؛ لأن ولدها حر من قبل أمه ومسلم من قبل أبيه، وقال أشهب: فيه عشر دية أمه.

وَالْغُرَّةُ: عَبْدٌ أَوْ أَمَةٌ مِنَ الْحُمْرِ عَلَى الأَحْسَنِ أَوْ مِنْ وَسَطِ السُّودَانِ

(**الْحُمْرِ**) هم البيض، قال صلى الله عليه وسلم: «**بعثت إلى الأحمر والأسود**».

وقوله: (**عَلَى الأَحْسَنِ**) أي الأفضل، وليس المراد على القول الأحسن وإنما استحب الحمر؛ لأنه اختلف: هل للفظ الغرة زيادة على الرقبة بحسب اللغة؟ فقيل: لا زيادة، ولهذا فسرها الباجي بالأسنان وغيره بالسمت، وبعض الشيوخ برقيق الخدمة [٧١٦/ ب] لا عليه، وقيل: بل هي مأخوذة من غرة الفرس فلا بد عنده أن تكون من البيض، وإلى ذلك ذهب ابن عبد البر، وقيل: هي مأخوذة من الغرة بمعنى الخيار والأحسن؛ لأن الغرة عند العرب أحسن ما يملك، فلهذا الاختلاف استحب مالك الحمر ولم يوجبه، قال في المدونة: وإن قل الحمر بتلك البلد فلتؤخذ من السودان، قال في المجموعة: من وسط السودان.

ابن عبد السلام: ولم أرَ لأصحابنا في سن الغرة حداً، وقال الشافعي: أقله سبع سنين.

وَمَهْمَا بَذَلَ خَمْسِينَ دِينَاراً أَوْ سِتَّمَائَةِ دِرْهَمٍ أَوْ غُرَّةً تُسَاوِي أَحَدَهُمَا وَجَبَ الْقَبُولُ، وَإِلا لَمْ يَجِبْ إِلا أَنْ يَتَرَاضَوْا...

ظاهره تخيير الجاني وهو موافق لقول اللخمي الذي يقتضيه قول مالك وابن القاسم وأشهب أن الجاني بالخيار، يريد أن يغرم الغرة أو يأتي بعشر دية الأم من كسبهم، إما ذهب أو ورق، وظاهر المدونة خلافه؛ لأن فيها بعد نصه أن ذلك غرة عبد أو وليدة، والقيمة في ذلك خمسون ديناراً أو ستمائة درهم، وليست القيمة بسنة مجمع عليها، وإنما أرى ذلك حسناً فإذا بذل الجاني عبداً أو وليدة أجبر على أخذه إن شاء، وأما بذل خمسين ديناراً أو ستمائة درهم، وإن ساوى أقل من ذلك، لم يجبروا على أخذه إلا أن يشاءوا، فلم ينص على الجبر إلا في الوليدة، ولذلك قال أبو عمران: انظر إن أتى الجاني بخمسين ديناراً أو ستمائة

درهم هل يجبرون على أخذها، وهل تجوز أو يواطئه عليها أو يؤخره لها أو يكون ذلك ديناً بدين كما هو في قتل الخطأ إن راضوه على غير العين مؤجلاً؟ واستشكل اللخمي اشتراط أن تكون الغرة تساوي هذا القدر، قال: لأن المذكور في الحديث الغرة، ولم تعتبر القيمة، وأثمان العبيد تختلف في البلدان، فلو وجبت الغرة بموضع لا يساوي ذلك لم يلزم بأكثر.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: لا تُؤْخَذُ الإِبِلُ، وَقَالَ أَشْهَبُ: تُؤْخَذُ مِنْ أَهْلِهَا خَمْسَ فَرَائِضَ

قال في المدونة: لأنه قد قضى النبي صلى الله عليه وسلم بالغرة والناس يومئذٍ أهل إبل، وإنما تقويمها بالعين مستحسن، واختار محمد وغيره قول أشهب، وحسَّن محمد الخمس بأن تكون بنت مخاض وبنت لبون وابن لبون ذكر وحقة وجذعة، وقاله ربيعة، ونقل ابن شعبان والباجي عن أشهب هذا التفسير أيضاً.

أصبغ: ولا أحسب ابن القاسم إلا قال بالإبل، ورواه عنه أبو زيد، واعترض ابن المواز حجة ابن القاسم بأن الحديث ليس فيه إبل؛ لأنه قد وافق على الورق والذهب.

وَغُرَّةُ الْجَنِينِ مُشْتَرَطَةٌ بِانْفِصَالِهِ مَيِّتاً قَبْلَ مَوْتِ أُمِّهِ عَلَى الْمَشْهُورِ

اتفق على وجوب الغرة إذا انفصل في حياة أمه، واختلف إذا انفصل بعد موتها فالمشهور لا غرة فيه كعضو من الميتة، والثاني: لأشهب في الموازية.

فَإِنِ انْفَصَلَ بَعْضُهُ فِي حَيَاتِهَا فَقَوْلانِ

هو فرع على المشهور؛ أي إذا اشترط خروجه في حياتها فهل يقوم مقامه خروج بعضه، والقولان ذكرهما ابن شعبان.

ابن راشد: والظاهر من قول مالك أنه لا شيء فيه، وفي بعض النسخ: فإن انفصل بعد موتها أو بعضها في حياتها فقولان، والنسخة الأولى أصوب لما يلزم على هذه من التكرار.

فَإِنِ انْفَصَلَ حَيّاً مُطْلَقاً وَالْجِنَايَةُ خَطَأً وَتَرَاخَى الْمَوْتُ فَالدِّيَةُ بِقَسَامَةٍ، فَإِنْ لَمْ يَتَرَاخَ فَفِي الْقَسَامَةِ قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ...

يعني: فإن انفصل الجنين حيّاً قبل موت أمه أو بعده، وهو مراده بـ(**مُطْلَقاً**) فإن تراخَ موته فالدية بقسامة لاحتمال أن يكون مات من غير ضربة، وإن لم يتراخَ الموت فقال ابن القاسم: لا بد من القسامة أيضاً، وقال أشهب: لا يحتاج إلى القسامة، واستحسنه اللخمي، قال: لأن محله إذا مات بالحضرة أن ذلك عن الضربة كغير الجنين، والفرق لابن القاسم أن هذا المولود لضعفه يخشى عليها الموت بأدنى الأسباب، ولو قال المصنف عوض قوله: (**حَيّاً**) (واستهل) لكان أحسن، فقال ابن المواز: لو خرج حيّاً ولم يستهل حتى قتله رجل لا قود فيه وإنما فيه الغرة، وعلى قاتله الأدب، قال: وقال بعض العلماء: فيه دية كاملة.

فرع:

وإذا اشترطنا القسامة فأبى الأولياء عنها فحكى صاحب النكت عن بعض شيوخه أن لهم الغرة كمن قطعت يده ثم تراخى فمات، فأبوا أن يقسموا فإن لهم دية اليد. عبد الحق: وهو عندي غير مستقيم بل ليس لهم الغرة لأن الجنين لما استهل صارخاً صار من جملة الأحياء، وزالت ديته عن الغرة.

وَإِنْ كَانَتْ عَمْداً فَكَذَلِكَ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: إِنْ تَعَمَّدَ هَذَا الْجَنِينَ بِضَرْبِ بَطْنٍ أَوْ ظَهْرٍ فَالْقَوَدُ بِقَسَامَةٍ...

يعني: وإن كانت الجناية عمداً، والإشارة بذلك إلى تراخي موته وعدم تراخيه، والأول هو قول أشهب وقول ابن القاسم الذي جعله شاذّاً هو مذهب المدونة والمجموعة، وألحق ابن شاس ضرب الرأس بالظهر والبطن بخلاف الرجل وشبهها، ونص ابن أبي زيد في مختصره على أن ضربها في الرأس كالرجل في نفي القصاص

[٧١٧/أ] ووجوب الدية في مال الجاني، وصرح الباجي بالمشهور كالمصنف فقالا: المشهور قول مالك أنه لا قود فيه وإن كان الضرب عمداً.

وَإِذَا تَعَدَّدَ الْجَنِينُ تَعَدَّدَ الوَاجِبُ مِنْ غُرَّةٍ أو دِيَةٍ

يعني: عن غرة إن لم يستهل، ودية إن استهل.

وَالدِّيَةُ مُطْلَقاً تُورَثُ كَمَالِ الْمَيِّتِ

(**مُطْلَقاً**) سواء كانت عن عمد أو عن خطأ، وقد قضى عمر رضي الله عنه بتوريث المرأة من دية زوجها لما روي له عن النبي صلى الله عليه وسلم، وهذه المسألة لا تناسب الجنين، وكأنه أراد التوصل إلى الكلام على دية الجنين، ولهذا قال:

وَغُرَّةُ الْجَنِينِ وَدِيَتُهُ كَذَلِكَ

يعني: أنهما موروثان على فرائض الله، وروي عن مالك أنها للأبوين فقط على الثلث والثلثين، فإن لم يكن إلا أحدهما فجميعها له، وهو قول ابن هرمز، ثم رجع مالك إلى الأول، وهو قول ابن شهاب، وقال ربيعة: هي للأم خاصة؛ لأنها ثمن عن عضو منها، اللخمي: وهو أحد قولي ابن القاسم، وانظر قول مالك وابن هرمز: فإن لم يكن إلا أحدهما فهي له، فكيف يتصور أن ينفرد الأب؟!

عبد الحق: وإنما يتصور إذا خرج الجنين بعد موتها على القول الذي يقول: إن فيه الغرة، وأما على قول ابن القاسم في الكتاب فلا.

وَلِذَلِكَ لَوِ اسْتَهَلَّ صَارِخاً بَعْدَ مَوْتِ أُمِّهِ وَرِثَهَا وَوَرِثَ مَا أَلْقَتْهُ مَيِّتاً قَبْلَهُ أَوْ بَعْدَهُ

أي: ولكون الدية تورث عنه، (**لَوِ اسْتَهَلَّ صَارِخاً بَعْدَ مَوْتِ أُمِّهِ**) يريد: ثم مات ورثها، يريد لأنه حي بعد موروثه، (**وَوَرِثَ مَا أَلْقَتْهُ مَيِّتاً**) قبل موتها، وسواء ألقته قبل موت المستهل أو بعده، ولا إشكال إن ألقته بعده، وكذلك إذا ألقته قبله لأن الجنين يرث.

وَإِنِ انْفَصَلَ مِنْهَا مَيِّتاً بَعْدَ مَوْتِهَا فَكَالْعَدَمِ

أي: لا يرث لعدم حياته ولا يورث؛ إذ لا غرة على المشهور.

الكَفَّارَةُ وَاجِبَةٌ عَلَى الْحُرِّ الْمُسْلِمِ إِذَا قَتَلَ حُرّاً مُؤْمِناً مَعْصُوماً خَطَأً

هذا هو الموجب الثالث من موجبات الجراح، ودليله قوله تعالى: ﴿ **وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَئًا** ﴾ [النساء:٩٢] الآية، وقوله: (**عَلَى الْحُرِّ**) احترازاً من العبد؛ لأن الله تعالى قال: ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ ، والعبد لا يصح له ذلك إذ لا ولاء له، واحترز بـ(**الْمُسْلِمِ**) من الكافر فلا تجب عليه؛ إما لأنه غير مخاطب، وإما لعدم أهليته للقربة، وقوله: (**إِذَا قَتَلَ... إلخ**)، ذكر للمقتول أربعة شروط:

أولها: الحرية فلا تجب الكفارة في قتل العبد، نعم تستحب كما سيأتي، وظاهر الآية أن فيه الكفارة لأنه مؤمن، وهو ظاهر قول أشهب لقوله: فليعتق، نقله عنه ابن راشد.

ثانيها: الإيمان للآية. **ثالثها**: أن يكون معصوماً. **رابعها**: أن يكون خطأً.

ابن عبد السلام: فإن قيل: لِمَ غير المصنف العبارة فذكر الإسلام في حق القاتل والإيمان في حق المقتول؟ قيل: الأصل في الأحكام التي بطلت ظهورها فيما بين الناس أن تكون معلقة على ظاهر مثلها، وهو ههنا الإسلام؛ لأنه ههنا وصف ظاهر، وكفارة القتل من هذا النوع، ولكن أتى المصنف بوصف الإيمان لأنه المطابق للآية، فإن قيل: فهل يظهر لذكر الإيمان في الآية بالنسبة إلى القاتل والمقتول معنى، قيل: نعم؛ لأن الإيمان مستلزم للمراقبة الحاملة على توقي أسباب القتل، وأدعى للتحرز من إذاية المؤمن لأخيه المؤمن بلسانه فكيف بيده فكيف بقتله؟!

تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ سَلِيمَةٍ مِنَ الْعُيُوبِ لَيْسَ فِيهَا شِرْكٌ وَلا عَقْدُ عِتْقٍ كَرَقَبَةِ الظِّهَارِ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعِ انْتَظَرَ أَحَدَهُمَا...

أي: هي تحرير، وقد تقدم الكلام على شروط الرقبة، ومن لم يجدها فعليه صيام شهرين متتابعين بنص الآية، وكلامه ظاهر.

وَتَجِبُ الْكَفَّارَةُ فِي مَالِ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ

جعلوا الكفارة من باب خطاب الوضع؛ لأنها لما كانت عن النفس أشبهت عوض المتلفات، فإن كان لهذا دليل من إجماع أو غيره فيجب التسليم، وإلا فالظاهر سقوطها عنهما، وردها إلى خطاب التكليف.

وَفِي اسْتِحْبَابِهَا فِي الْجَنِينِ رِوَايَتَانِ

أي: وعدم استحبابها، والروايتان معاً في الموازية لأن فيها: أحب إلي أن يُكفِّر، ابن المواز: وقال أشهب: لا كفارة عليه وليست بنفس، وكأنه جرحها جرحاً، وفي المدونة: واستحسن مالك الكفارة في الجنين، قيل: وظاهر قول أشهب: لا كفارة فيه خلاف المدونة.

أبو الحسن: وقوله: استحسن؛ أي: استحب، ولم يرد الاستحسان الذي هو أحد الأدلة، وقول ابن عبد السلام: هكذا عبر غير واحد بلفظ الاستحباب، وعبارة الإمام فيه وفي الرقيق بالاستحسان في الحكم، والاستحسان مدركه ليس بظاهر.

وَتُسْتَحَبُّ فِي الرَّقِيقِ وَالذِّمِّيِّ وَالْعَمْدِ الْمَعْفُوِّ عَنْهُ وَقَاتِلِ مَنْ لا يُكَافِئُهُ كَالْمُسْلِمِ مَعَ الْكَافِرِ وَالْحُرِّ مَعَ الْعَبْدِ...

أي: وتستحب في جميع هذه الأشياء، والمذهب كما ذكر استحبابها في العمد، والشافعي يوجبها فيه، ويرى أنها إذا وجبت في الخطأ فوجوبها في العمد أولى، والخلاف كالخلاف في اليمين الغموس.

وقوله: (**وَقَاتِلِ مَنْ لا يُكَافِئُهُ**) هذا محمول على العمد، والكلام الأول في الخطأ ولا يلزم التكرار؛ لأنه حينئذٍ لا يستفاد من قوله: (**وَقَاتِلِ مَنْ لا يُكَافِئُهُ... إلخ**) إلا ما استفيد من قوله: [٧١٧/ ب] (**وَتُسْتَحَبُّ فِي الرَّقِيقِ وَالذِّمِّيِّ**)، وهذا إنما يأتي على تمشية ابن راشد وابن عبد السلام أن قوله: (**وَقَاتِلِ مَنْ لا يُكَافِئُهُ**) معطوف على (**الرَّقِيقِ**)، ويحتمل أن يكون (**قَاتِلِ**) مرفوعاً على الابتداء، (**وَمَنْ عُفِيَ عَنْهُ**) معطوف عليه، والخبر يضرب ويحبس، وكان الأحسن على هذا أن يقول: يضربان ويحبسان لكنه أفرده باعتبار المذكور، أو حذف خبر قاتل لدلالة خبر (**عُفِيَ عَنْهُ**)، وعلى هذا مشاه بعض من تكلم على هذا الموضع، وهو أقرب لعدم لزوم التكرار، ولأنه كذلك في ابن شاس، والأول أقرب إلى لفظه، ولا سيما وقع في بعض النسخ: (وقتل) على المصدر.

فرع:

اختلف الصحابة ومن بعدهم في قبول توبة القاتل وعدم قبولها.

ابن عبد السلام: واستحسان مالك الكفارة في قتل العمد مشعر بأن القاتل عنده في المشيئة، وإن كان له ما يدل على خلاف ذلك على ما نقله ابن رشد أنه لا يصلى خلفه وإن تاب.

وَمَنْ عُفِيَ عَنْهُ يُضْرَبُ مَائَةً وَيُسْجَنُ سَنَةً، وَإِنْ كَانَ امْرَأَةً أَوْ رَقِيقاً عَلَى الأَشْهَرِ

لما فرغ من الموجب الثالث وهو الكفارة شرع في الموجب الرابع وهو التعزير، وأما الموجب الخامس وهو القيمة فإنما تجب في غير الحر، وقد تقدم ذلك، والأصل في ذلك ما رواه الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: «**أن رجلاً قتل عبده متعمداً فجلده النبي صلى الله عليه وسلم مائة جلدة ونفاه سنة ومحا سهمه من المسلمين، ولم يقِدْهُ به وأمره أن يعتق رقبة**».

عبد الحق: في إسناده إسماعيل بن عياش وهو ضعيف في غير الشاميين، وهذا الإسناد حجازي، وأنكر غيره عليه هذه العلة هنا، وجعل أهل المذهب هذا الحديث أصلاً في

قاتل النفس عمداً إذا تعذر منه القصاص لوجه ما، وهذا الاستناد حجازي، ومقابل الأشهر لأصبغ، قال: لا يحبس العبد ولا المرأة ولكن يجلدان، قال في الجواهر: وعلى هذا التعزير: في كل من قتل عمداً ولم يقتل كمن قتل من لا يكافئه كالمسلم يقتل الكافر وكالحر يقتل العبد، وفيمن عفي عنه في العمد. انتهى. ولا فرق في العبد بين عبده وغيره، نص عليه ابن القاسم وغيره.

وَكَذَٰلِكَ مَنْ أُقْسِمَ عَلَيْهِمْ فَقُتِلَ أَحَدُهُمْ

أي: وكمن عفي عنه في الضرب والسجن، وظاهر قوله: (**أُقْسِمَ عَلَيْهِمْ**) أن الأولياء يقسمون على الجميع ثم يقتلون واحداً، وهذا خلاف المشهور، فإن المشهور أنهم يعينون أحداً بالقسامة كما سيأتي.

ولو كان العفو قبل القسامة قبل أن يحقق الولي الدم كشف الحاكم عن ذلك، فما كان يحق فيه الدم بالقسامة أو بالبينة جلد مائة وحبس عاماً، وما لا يوجب ذلك لا يكون ضرب ولا سجن؛ لأنه حق لله تعالى فلا يسقطه الأولياء ولو وجب للأولياء القسامة فنكلوا عنها فحلف المدعى عليهم وبرءوا، قال محمد: على المدعى عليه الجلد والسجن، ولم يخالف فيه إلا ابن عبد الحكم فإنه قال: إذا نكلوا فلا سجن ولا جلد، وجمهورهم على هذا الحكم في كل مقتول ولو كان مجوسيّاً، وروى ابن حبيب عن مالك واختاره: إنما ذلك في المسلم عبداً كان أو حرّاً وأما غير المسلم فإنه يجب به الأدب المؤلم، واختلف في الألطخ فأوجب أشهب فيه ضرب مائة وسجن سنة، وفي الواضحة عن مالك: إذا وقعت التهمة على أحد ولم يتحقق ما تجب به القسامة ولا قتل فإن ذلك لا يجب به جلد ولا سجن سنة، ولكن يطال سجنه السنين الكثيرة.

فرع:

وهل يبدأ بالجلد قال أشهب: إن شاء بدأ بالجلد أو السجن، وظاهر قول ابن القاسم في العتبية الابتداء بالجلد لقوله: يؤتنف حبس سنة من يوم جلد، ولا يحتسب لما مضى، قال ابن القاسم: يكون أول عام الحبس من يوم الجلد، وحمل الباجي ذلك على الخلاف، عبد الملك: ويعتد ما دام اللاطخ الذي سجن فيه، فإذا لزمه جلد مائة ووجه عليه الحكم أزيل عنه الحديد وسجن سنة.

الْقَسَامَةُ: سَبَبُهَا قَتْلُ الْحُرِّ الْمُسْلِمِ فِي مَحَلِّ اللَّوْثِ، فَلا قَسَامَةَ فِي الأَطْرَافِ ولا فِي الْجِرَاحِ ولا فِي الْعَبِيدِ والْكُفَّارِ...

وقال في " المشارق": القسامة طرح يد الأيمان بين الحالفين.

أشهب: القسامة سنة لا رأي لأحد، وكانت في الجاهلية فأقرها عليه الصلاة والسلام، والأصل فيه ما رواه مالك ومسلم والترمذي وصححه أن عن عبد الله بن سهل ومحيصة خرجا إلى خيبر من جهد أصابهم، فأتى محيصة فأخبر أن عبد الله بن سهل، قد قتل وطرح في قفير بئر أو عين، فأتى يهودي فقال: والله أنتم قتلتموه، فقالوا: والله ما قتلناه، فأقبل حتى قدم على قومه فذكر لهم ذلك، ثم قدم هو وأخوه حويصة وهو أكبر منه وعبد الرحمن، فذهب محيصة ليتكلم وهو الذي كان بخيبر، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: «كبر كبر» يريد السن، فتكلم حويصة، ثم تكلم محيصة، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «**إما أن تودوا صاحبكم وإما أن يؤذنوا بحرب**» فكتب إليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك، فكتبوا: إنا والله ما قتلناه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لحويصة ومحيصة وعبد الرحمن «**تحلفون وتستحقون دم صاحبكم**»، فقالوا: لا، فقال:«**تحلف لكم يهود**» فقالوا: ليسوا بمسلمين، [٧١٨/ أ] فواده رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده،

فبعث إليهم بمائة ناقة. هذا لفظ الموطأ. وفي رواية: أيقسم خمسون منكم على رجل منهم فيدفع برمته؟، فقالوا أمر لم نشهده فكيف نحلف؟!

وقوله: (**سَبَبُهَا**)، جعل السبب مركباً من أربعة أجزاء، فاحترز بالقتل من الجراح، وبالحر من العبد، وبالمسلم من الكافر، وبمحل الموت مما لو قتل لا في محله، واشترط هذه الأجزاء لأن الحديث إنما ورد فيها.

وَاللَّوْثُ مَا يَدَلُّ عَلَى قَتْلِ الْقَاتِلِ بِأَمْرٍ بَيِّنٍ مَا لَمْ يَكُنِ الإِقْرَارُ، أَوْ كَمَالُ الْبَيِّنَةِ فِيهِ أَوْ فِي نَفْيِهِ...

لما ذكر أن القسامة تكون في محل اللَّوث أخذ يبينه، وحاصله أن اللَّوث أمر ينشأ عنه غلبة الظن بصدق المدعي، ولما كان ما يدل على ثبوت الشيء إقرار المدعى عليه وقيام البينة عليه وهما أبين الدلالات احتاج إلى استثنائهما، فإن كل واحد منهما مستقل في إثبات الحكم بدون القسامة.

وقوله: (**كَمَالُ الْبَيِّنَةِ**) أي: في العدد والعدالة.

وقوله: (**أَوْ فِي نَفْيِهِ**)، فيعني أن تقوم البينة بنفي ما دل عليه اللوث، كما لو شهد شاهدان بأن زيداً قتل عمراً، وقال عند موته: قتلني بكراً، واعترض بأن البينة إذا قامت بخلاف ما دل عليه اللوث لم يكن دلالة اللوث بينة، إلا أن يقال إن القسامة لما خرجت عن الأصل قد يتهم فيها أن المعارض لا يعتبر.

كَقَوْلِ الْمَقْتُولِ بَالِغاً حُرًّاً مُسْلِماً - عَدْلاً أَوْ مَسْخُوطاً، رَجُلاً أَوِ امْرَأَةً - قَتَلَنِي فُلانٌ - الْبَالِغُ أَوِ الصَّغِيرُ حُرًّاً أَوْ عَبْداً مُسْلِماً أَوْ ذِمِّيّاً ذَكَراً أَوْ أُنْثَى وَرِعاً أَوْ مَسْخُوطاً - عَمْداً...

هذا شروع من المصنف في بيان أمثلته وهي أربعة:

الأول: قول المقتول: دمي عند فلان بشرط أن يكون بالغاً حراً مسلماً، فاحترز بالبالغ من الصبي، والمشهور أن المراهق كالصبي، واحترز بالحر من العبد ونص المذهب نفي القسامة فيه، وإن أقام سيده شاهداً واحداً حلف يميناً واحدة واستحق قيمته، أشهب: ويجلد مائة ويحبس سنة، وإن قال دمي عند فلان، حلف المدعى عليه خمسين يميناً وبرئ، وإن نكل حلف السيد يميناً واحدة واستحق القيمة مع الضرب مائة والسجن سنة، وقال ابن القاسم: يحلف المدعى عليه يميناً واحدة ولا قيمة عليه ولا ضرب ولا سجن، فإن نكل ضرب وسجن وغرم القيمة، وروى أشهب عن مالك مثل قوله إلا أن مالكاً قال: إذا حلف المدعى عليه الأيمان لم يضرب ولم يسجن، وقال أصبغ: يحلف المدعى عليه خمسين يميناً فإن حلف برئ وإن نكل لم يلزمه شيء لا قيمة ولا ضرباً ولا سجناً إلا أن يسجن استبراء، ولابن الماجشون قولان: أحدهما كقول أصبغ هذا إلا أنه قال: ويضرب أدباً ولا يضرب مائة ويسجن سنة إلا من يملك سفك دمه بقسامة أو غيرها، والقول الثاني أنه يضرب مائة ويسجن سنة في قتل المسلم حراً كان أو عبداً، واحترز بالمسلم من الكافر، وحكى ابن زرقون إذا قال المدعي دمي عند فلان المسلم أو أقام أولاً شاهداً أربعة أقوال: ابن القاسم: يحلفون يميناً واحدة ويستحقون الدية، وقال مالك وأشهب وابن عبد الحكم: يحلف المدعى عليه خمسين يميناً ويبرأ، وفي الموازية لابن القاسم: إن لم يكن إلا قوله: دمي فلا قسامة، وإن قام لولاية شاهد بالقتل حلف ولاته يميناً وأخذ الدية وضرب مائة وسجن عاماً، وعن المغيرة أن ولاته يقسمون خمسين يميناً ويستحقون ديته ولو شهد شاهدان على الجرح فبرئ فمات، فإن ولاته يحلفون يميناً واحدة ويستحقون ديته، فإن نكل وليه لم يكن له إلا عقل الجرح إن كان مما فيه عقل، ورواه أصبغ عن ابن القاسم في الواضحة وذكر أنه قول مالك، ولم يوافق المالكية على التدمية إلا الليث، وروى الجمهور أن قبولها يشتمل على قبول قول المدعي من غير بينة، وقد علم أن الدماء عظيمة

أعظم من الأموال، وهو لو قال عند موته: لي عند فلان كذا لم يقبل، وفي الصحيحين من حديث ابن عباس رضي الله عنهما عنه عليه الصلاة والسلام: «**لو يعطى الناس بدعواهم لادعى الناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه**»، ورأى علماؤنا أن هذه الدعوى لا تشابه دعوى المال ولا غيره، لأن هذا أصل قائم بنفسه، ومن تحقق مصيره إلى الآخرة وأشرف على الموت فلا يتهم في إراقة دم مسلم ظلماً، وغلبة الظن في هذا تتنزل منزلة غلبة الظن في الشاهد، وكيف لا والغالب من أحوال الناس عند الموت التوبة والاستغفار والندم على التفريط ورد المظالم، فكيف يتزود من دنياه بقتل النفس، هذا خلاف الظاهر وغير المعتاد، واحتج علماؤنا أيضاً ببقرة بني إسرائيل، واعترض عليهم بأن ذلك شرع من قبلنا، أو بأنها معجزة لموسى صلى الله عليه وسلم، وقتيل بني إسرائيل لم يقسم عليه أحد بيمين واحدة ولا خمسين، [٧١٨/ ب] وأجيب بأن المختار أن شريعة من قبلنا شرع لنا ما لم ينسخ، وعن الثاني أن المعجزة إنما هي في إحيائه لا في قبول قول، ولم يحتج في قصة بني إسرائيل لليمين لتيقن الصدق وفيه بحث لا يخفى.

وقوله: (**حُرًّا أَوْ عَبْدًا**) **يعني**: أنه لا فرق في المدعى عليه بين أن يكون حراً أو عبداً صبياً أو بالغاً رجلاً أو امرأة عدلاً أو مسخوطاً وهذا هو المشهور، ولو كان المدعى عليه القتل أورع من في زمانه قاله في المدونة، وقال ابن عبد الحكم: لا يقبل قول المسخوط على العدل لبعد دعواه، وظاهر المذهب قبول تدمية المرأة على زوجها، وقال ابن مزين لا يقبل قولها على زوجها؛ لأنه أذن له في ضربها، وقد يتصل بالموت، وظاهر قول المصنف قتلني، أنه لا فرق بين أن يكون فيه جرح أو لا، قيل وهو ظاهر المدونة ورواه ابن وهب عن مالك وقاله أصبغ، وعن ابن القاسم: لا تقبل إلا مع الجرح، المتيطي: وبقول ابن القاسم العمل والحكم، زاد صاحب البيان ثالثاً بالقبول في الشاهد دون التدمية بقوله: وعلى قبول قوله فلا يسجن المدعى عليه مادام المدعي حياً، لأنه يتهم أن يكون أراد سجنه

بدعواه بخلاف ما إذا ادعى ذلك بجرح ظاهر، وهل يثبت قول المدعي بشاهد واحد في ذلك قولان والأصح عدم القبول.

وَكَذَلِكَ خَطأً عَلَى الْمَشْهُورِ

أي: وكذلك يقسم الأولياء إذا قال: قتلني فلان خطأً، وطرداً للقاعدة، والشاذ أيضاً مروي عن مالك لأنها دعوى في مال.

فَلَوْ قَالَ الْوَرَثَةُ خِلافَ قَوْلِ الْمَيِّتِ فَلا قَسَامَةَ

إذا قال الميت قتلني فلان عمداً، وقال الورثة بل خطأً أو العكس فلا قسامة، لأنه إذا ادعى العمد فقد أبرأ العاقلة وهم قد أبرؤوا القاتل.

وَفِي قَبُولِ رُجُوعِهِمْ إِلَيْهِ قَوْلانِ

الصحيح عدم القبول لأنهم أكذبوا أنفسهم وقد تعلق لخصمهم الحق بقولهم أولاً وهو قول أشهب، والقول الآخر لابن القاسم في المجموعة لقوله: إذا ادعوا خلافه فليس لهم أن يقسموا إلا على قوله.

فَلَوْ قَالَ: قَتَلَنِي وَلَمْ يُبَيِّنْ فَلِلأَوْلِيَاءِ تَبْيِينُهُ

أي: من عمد أو خطأ ويقسمون عليه، فإن أقسموا على العمد قتلوا وإن أقسموا على الخطأ أخذوا الدية وهذا مذهب المدونة، ابن عبد السلام: وهذا هو المشهور، ووقف ابن القاسم في الموازية في العمد وقال: أحب إلي ألا يقسموا إلا على الخطأ، وقال في موضع آخر يكشف عن حاله وعن جراحاته وعن موضعه وعن حال القاتل وعن الحال التي كانت بينهما من العداوة وغيرها فيستدل بذلك حتى يظهر سبب يقسمون عليه حينئذ ويقتلون، فإن لم يظهر من ذلك عمد ولا خطأ لم يقبل قول الأولياء في عمد ولا خطأ

كقول المقتول، لأن السنة إنما جاءت في قول المقتول، واستحسنه اللخمي على أن في عد هذا والذي قبله خلاف نظر، ولهذا نقل ابن راشد فيها الاتفاق على ما ذكره المصنف.

فَإِنِ اخْتَلَفُوا فِيهِمَا حَلَفَ كُلٌّ وَاحِدٍ عَلَى مَا ادَّعَى وَوَجَبَتْ دِيَةُ الْخَطَإِ لِلْجَمِيعِ

أي: إذا مات ولم يبين واختلف الورثة، فقال بعضهم: عمداً وقال بعضهم: خطأً، ففي المدونة: إن حلفوا كلهم استحقوا دية الخطأ بينهم أجمعون ولا سبيل إلى القتل، وقال أشهب في الموازية: بل لمن أقسم على الخطأ نصيبهم من الدية على العاقلة، ولمن أقسم على العمد نصيبه من القاتل.

اللخمي: وهو أحسن، ولا شيء لمدعي العمد على العاقلة، وينبغي أن يكون نصيبهم من الدية على العاقلة بمنزلة ما لو قال بعضهم خطأً ونكل بعضهم، قيل له فإن رجع الذين قالوا عمداً إلى دية الخطأ، قال مالك: ذلك لهم، وأباه أشهب.

ابن رشد: والقياس أن يبطل الدم ولا قسامة؛ لأن العاقلة تنازع مدعي الخطأ بأن الميت لم يقله، والقاتل ينازع مدعي الدم لأن الميت أيضاً لم يقله.

اللخمي: وهذا إذا استوت منازلهم فكانوا بنين أو إخوة أو أعماماً، واختلف إذا اختلفت منزلتهم، ففي الموازية: إذا اختلفت ابنة وعصبة فقال: عصبته عمداً أو ابنته خطأً، أن دمه هدر ولا قسامة ولا قود ولا دية؛ لأنه إن كان عمداً فذلك للعصبة ولم يثبت لهم ذلك الميت، وإن كان خطأ ففيه الدية ولم يَثْبِت أنه خطأ، ويقسم المدعى عليه ما قتله عمداً أو يحزر دمه، قال محمد: إن ادعى العصبة كلهم أنه عمد فلينظر إلى قول ورثته من النساء لأنه لا عفو للنساء مع الرجال وإن قال العصبة كلهم خطأ، وقال النساء عمداً أقسم العصبة خمسين يميناً وكان لهم نصيبهم من الدية انتهى.

فَلَوْ قَالَ بَعْضُهُمْ: عَمْداً، وَالْبَاقُونَ: لا نَعْلَمُ بِقَتْلِهِ، أَوْ نَكَلُوا - فَلا قَسَامَةَ، بِخِلافِ مَا لَوْ قَالَ بَعْضُهُمْ: خَطَأً - حَلَفُوا وَأَخَذُوا أَنْصِبَاءَهُمْ مِنَ الدِّيَةِ...

إذا قال بعضهم قتله عمداً، وقال بعضهم لا نعلم حال القتل من عمد أو خطأ، أو قال جميعهم عمداً ونكلوا أو بعضهم فلا قسامة ويبطل الدم وهذا مذهب المدونة، وفي العتبية لابن القاسم أن لمن قال عمداً أن يحلفوه ويستحقوا نصيبهم من الدية، وجعل ذلك بمنزلة عفو بعضهم بعد ثبوت الدم واختاره [٧١٩/ أ] اللخمي.

قوله: (**بِخِلافِ....إلخ**) أي: قال بعضهم خطأً ونكل الباقون أو قالوا لا علم لنا، وحذف ذلك لدلالة ما قبله، حلفوا أي مدعو الخطأ وأخذوا نصيبهم من الدية، ولا شيء للناكلين أو غير العالمين؛ لأن دعوى الخطأ مال، فلا يبطل حق بعضهم بنكول بعض، وقال الأبهري: القياس ألا يمكنوا من الحلف ويلزموا لو غاب بعض الورثة في قتل الخطأ، فإن المذهب أن من حضر يحلف خمسين يميناً ويأخذ نصيبه من الدية ولو كان زوجاً.

فَإِنْ نَكَلَ مُدَّعُو الْخَطَإِ فَلا قَسَامَةَ لِمُدَّعِي الْعَمْدِ وَلا دِيَةَ

يعني: إذا قال المقتول قتلني فلان ولم يبين، فقال بعضهم عمداً وبعضهم خطأً ثم نكل مدعو الخطأ فلا قسامة لمدعي العمد ولا دية، لأن الدية إنما وجبت لهم إذا حلف مدعو الخطأ بالتبعية؛ لأنهم إنما يدعون الدم، ابن عبد السلام: وهذا يظهر على مذهب ابن القاسم فيما إذا لم ينكلوا لأنه غلب هناك دية الخطأ، وأما على قول أشهب إن نكل واحد من المدعين يأخذ نصيبه على ما ادعاه من عمد أو خطأ بلا تبعية فينبغي أن يقسم مدعو الدم ويأخذوا نصيبهم من الدية.

وَفِي قَتْلِ الأَبِ بِالْقَسَامَةِ - إِنْ قَالَ: أَضْجَعَنِي وَذَبَحَنِي أَوْ بَقَرَ بَطْنِي - قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ، وَإِلا فَالدِّيَةُ...

يعني: إن قال الابن قتلني أي على صفة يجب معها القصاص، فقال ابن القاسم: يفسخ أولياؤه ويقتلون الأب، وقال أشهب: لا قسامة هنا، والأول أحسن لو ذكر هذا فرعاً على قول ابن القاسم، فيقال وكذلك لو قال الابن أضجعني أبي وذبحني، ولا يتعرض لمذهب أشهب، لأن المصنف قد تقدم عنه أن الأب لا يقتل بابنه بحال ولو مع الإقرار.

وقوله: (**وَإِلا فَالدِّيَةُ**) أي: وإن لم يصف الابن القتل بالصفة التي توجب القتل فلا يقتل الأب، وهذا أعم من أن يقول قتلني خطأ أو عمداً، ولا يذكر الصفة ولا يذكر الصفة (وأل) في الدية للعهد، فتجب دية الخطأ في دعوى الخطأ، ودية العمد المغلظة في دعواه العمد، وهكذا نص عليه ابن القاسم.

وَكَثُبُوتِ الْجِرَاحِ أَوِ الضَّرْبِ أَوِ الْقَطْعِ مُطْلَقاً، وَالإِقْرَارِ بِذَلِكَ عَمْداً بِشَاهِدَيْنِ أَوْ بِشَاهِدٍ ثُمَّ يَمُوتُ بَعْدَ أَيَّامٍ، وَلَوْ أَكَلَ وَشَرِبَ يُقْسِمُ: لَمِنْ ضَرْبِهِ مَاتَ ...

هذا هو المثال الثاني للوث، فإذا ثبت الجرح أو الضرب أو القطع بشاهدين كان ذلك عمداً أو خطأً، وهو مراده بالإطلاق فلأوليائه أن يقسموا ويقتلوا في العمد ويأخذوا مال الدية في الخطأ، ولهم أن يدعوا القسامة ويقتصوا من الجراح في العمد ويأخذوا ديته في الخطأ.

وقوله: (**وَالإِقْرَارِ**) أي: إقرار المقتول بأن يقول جرحني عمداً.

وقوله: (**بِشَاهِدَيْنِ**) راجع إلى الجميع؛ أي: إلى الجرح والضرب والإقرار بذلك عمدًا، ويحتمل أن يكون قوله: (**بِشَاهِدٍ أَوْ بِشَاهِدَيْنِ**) راجعاً إلى الإقرار به فقط، ويرجح هذا أن الثبوت لا يستعمل غالبا إلا مع شاهدين، ويرجح الأول أنه لو حمل على هذا لزم مخالفة المشهور، لأن مذهب المدونة أن الضرب إذا شهد به شاهد يقسم معه، قال فيها:

وإن شهد شاهد أنه ضربه وعاش الرجل وتكلم وأكل وشرب ولم يسألوه أين دمك حتى مات ففيه القسامة، وقال ابن الماجشون وابن القاسم في رواية يحيى: لا تجب القسامة بالشاهد الواحد، وما ذكره المصنف من قبول الشاهد على إقرار المقتول عمداً نص عليه أشهب، ونقل عن ابن القاسم في العتبية والموازية أنه لا يقسم مع شاهد على قول الميت.

وقوله: **(وَلَوْ أَكَلَ وَشَرِبَ)** مبالغة؛ أي: ولو أكل وشرب لِمَن ضربه مات، وهو ظاهر في الشاهدين، وأما الشاهد الواحد فلابد أن يحلفوا يميناً واحدة ليثبت الضرب ويقسمون خمسين يميناً، لكن هل تفرد اليمين أو لا؟ ومجمع يمينين من الخمسين قد يجري على الحقوق المالية في الاستحقاق بشاهد واحد، هل يجمع بين فصل يصحح شهادة الشاهد وفصل الاستحقاق، أو يحلف لكل واحدة يميناً مستقلة؟ فانظر.

وَالإِقْرَارُ بِذَلِكَ أَوْ بِقَتْلِهِ خَطَأً بِشَاهِدَيْنِ

يعني: وللأولياء أيضاً القسامة إذا أقر بالقتل خطأً بشاهدين، وحاصله أن الإقرار في الخطأ مخالف للإقرار في العمد، لأنه قدم أن الإقرار في العمد يطلب بشاهد، فإن قيل: فما الفرق، قيل: لأن قول الميت في الخطأ يجري عندهم مجرى الشهادة لأنه شاهد على العاقلة، والشاهد لا ينقل عنه إلا اثنان بخلاف العمد، فإن المقتول إنما يطلب بثبوت الحكم لنفسه وهو القصاص، فإن قيل: فلم لم يحمل الإقرار بذلك على إقرار القاتل، قيل لأنه لو حمل على ذلك لزم التكرار في كلامه لأنه سيقول، ولو شهد على إقراره بذلك شاهد واحد كان كالمقتول، والله أعلم.

وَفِيهَا فِي الْعَدْلَيْنِ يَخْتَلِفَانِ فِي صِفَةِ الْقَتْلِ: كُلُّ ذَلِكَ لا يُقْسِمُ عَلَيْهِ، وَقِيلَ: يُقْسِمُ عَلَى أَحَدِهِمَا...

كما لو شهد أحدهما أنه قتله بالسيف والآخر بالحجر، فلا يقسم على شهادة هذا أو شهادة هذا لتعارض الشهادتين فتسقطان ولا يبقى إلا مجرد الدعوى، وهذه المسألة نص

عليها في المدونة في الديات وفي كتاب القذف، ففي القذف وإن شهد عليه رجل أنه ذبح فلاناً، والثاني أنه أقر عندي أنه حرقه بالنار فالشهادة باطلة، والقول الثاني لسحنون، قال: هذا إذا ادعى شهادتها جميعاً، وأما إن ادعى شهادة أحدهما أولاً ففيه القسامة.

فقوله: (**يُقْسِمُ عَلَى أَحَدِهِمَا**) [٧١٩/ ب] مقيد بأن يقوم أحدهما أولاً، والشيخ أبو محمد صالح: وليس له أن يدعى أحدهما بعدما ادعاهما، وهو ظاهر لأن تركهم القيام بإحدى الشهادتين يصير الأخرى كالعدم.

ابن عبد السلام: واختلف قول سحنون في الشاهد يجرحه شاهدان بأمرين مختلفين كالزنى وشرب الخمر، هل تجمع عليه الشهادتان ويحكم بجرحته أم لا؟ ولا يبعد هنا مثل ذلك إذا ترك الأولياء خصوص الوصفين اللذين يشهد بهما الشاهدان وطلب القصاص بالسيف.

وَكَالْعَدْلِ فِي مُعَايَنَةِ الْقَتْلِ لا غَيْرِ الْعَدْلِ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَكَذَلِكَ إِقْرَارُهُ عَمْداً، وَقِيلَ: وَالنَّفَرُ غَيْرُ جَائِزِ فِي الشَّهَادَةِ وَالنِّسَاءُ وَالصِّبْيَانُ، وَقِيلَ: وَالْوَاحِدُ غَيْرُ الْعَدْلِ، وَقِيلَ: وَالْمَرْأَتَانِ، وَقِيلَ: وَالْمَرْأَةُ ...

هذا المثال الثالث من أمثلة اللوث، والمشهور مذهب المدونة أن غير العدل ليس بلوث.

وقوله: (**وَكَذَلِكَ إِقْرَارُهُ عَمْداً**) يعني: وكذلك لو قام شاهد واحد على إقرار القاتل فإنه لوث إن كان عدلاً وإن لم يكن عدلاً فليس بلوث، هذا مقتضى التشبيه، ولا خلاف أن الشاهد على القتل لوث إذا لم يكن القاتل قتل غيلة، واختلف في الغيلة، فروى ابن القاسم: لا يقسم مع شهادته، ولا يقتل في هذين إلا بشاهدين.

أبو محمد: ورأيت ليحيى بن عمر أنه يقسم معه، واختلف في شهادة الواحد على إقراره، فقال ابن القاسم في الموازية لا يكون الشاهدان على إقراره، وقال أشهب: يقسم الولاة مع الشاهد.

وقوله: (**وَقِيلَ.... إلخ**) تصوره ظاهر.

وَكَالْعَدْلِ يَرَى الْمَقْتُولَ يَتَشَحَّطُ فِي دَمِهِ وَالْمُتَّهَمَ بِقُرْبِهُ عَلَيْهِ آثَارُ الْقَتْلِ

هذا المثال الرابع من أمثلة اللوث، ويكون في المتهم الرفع على الابتداء والنصب بالعطف على المقتول من التلطيخ بالدم وشبهه، وحكى ابن سهل أن العمل جرى عندهم بأن هذا ليس بلوث، واشتراط المصنف هنا العدالة ظاهر ولم أرى من صرح بذلك، واختلف في القتيل يوجد بين الصفين وفيمن وجد في محلة قوم أو مسجدهم وسيأتي الكلام عليهما، وليس موت الرجل عندنا في المزاحمة لوثاً يوجب القسامة بل هدر، خلافاً للشافعي في قوله: بل تجب فيه القسامة وتجب الدية.

وَفِي الْعَدْلِ بِالْجُرْحِ أَوِ الضَّرْبِ أَوْ بِمُعَايَنَةِ الْقَتْلِ دُونَ ثُبُوتِ الْمَوْتِ لِلْقَتِيلِ قَوْلانِ

أي: في كون العدل يشهد بالجرح أو الضرب أو بمعاينة القتل دون ثبوت الموت بالقتيل قولان، والقول بنفي القسامة لمحمد، وقال أصبغ: ينبغي ألا يعجل السلطان فيه بالقسامة حتى يكشف فلعل سبباً أثبت من هذا، فإذا بولغ في الاستيناء قضى بالقسامة مع الشاهد بموته، وتعتد زوجته وأم ولده، الباجي: بعد القولين، وقد قيل: يقتل قاتله بالقسامة ولا يحكم بالتوريث في زوجته ورفيقه وهو ضعيف، ابن عبد السلام: والأصح أنه لا بد من ثبوت الموت لاحتمال بقائه حيّاً.

وَأَمَّا الْعَبْدُ وَالصَّبِيُّ وَالذِّمِّيُّ فَلَيْسَ بِلَوْثٍ

نقل ابن المواز اتفاق مالك وأصحابه على ذلك، ونقل عبد الوهاب أن من أصحابنا من يجعل شهادة العبيد والصبيان لوثاً، فإن كان مراده الجميع فترجع إلى القول الذي قدمه المصنف بقوله: والنفر غير جائز في الشهادة، وإن كان مراده الأفراد فيكون خلافاً لكلام المصنف، ولهذا الاحتمال لم يذكر الشيخ خلافاً ولا وفاقاً.

وَإِذَا انْفَرَدَ اللَّوْثُ فَلا بُدَّ مِنَ الْقَسَامَةِ كَمَا لَوْ شَهِدَ شَاهِدٌ عَلَى الْمَوْتِ، وَقَالَ الْمَقْتُولُ: قَتَلَنِي فُلانٌ...

هكذا في المدونة ولا يعلم فيه خلافاً، ونبه المصنف بذلك على أن قول من يقول من أهل المذهب أن الموت كالشاهد ليس على حقيقته، فلذلك لا يليق ويحكم بالقتل دون قسامة.

وَإِذَا انْفَصَلَتْ قَبِيلَتَانِ عَنْ قَتْلَى لا يُدْرَى الْقَاتِلُ، فَرُوِيَ: الْعَقْلُ عَلَى كُلِّ فِرْقَةٍ لِلْمُصَابِ فِي الأُخْرَى، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِنْهُمَا فَالْعَقْلُ عَلَيْهِمَا، وَرُوِيَ: الْقَسَامَةُ، وَرَجَعَ ابْنُ الْقَاسِمِ إِلَى قَوْلِ مَالِكٍ فِيهِمْ: لا قَسَامَةَ وَلا قَوَدَ؛ يَعْنِي: بِمُجَرَّدِهِ، وَأَمَّا لَوْ ثَبَتَ لَوْثٌ فَالْقَسَامَةُ...

الرواية الأولى مذهبه في الموطأ وعليها جماعة خارج المذهب وهي أظهر، لأن الغالب إن كان من طائفة منهما أن القاتل له من غير طائفته، وإن كان من غيرهما فيحتمل أن تقتله الطائفتان أو إحداهما ولا ترجيح، وعلى كل تقدير فتكون ديته عليهما لأنهما قد تظافرتا عليه.

وقوله: (**عَلَى كُلِّ فِرْقَةٍ**) أي: في أموالهم، قاله مالك ومحمد، وهي مقيدة بما إذا لم يعرف القاتل بعينه، وأما إن عرف فيقتص منه، قاله مالك في الموازية.

والرواية الثانية في الجلاب.

والرواية الثالثة التي رجع إليها ابن القاسم هي قوله في المدونة وغيرها، واختلف في فهمها ففسرها ابن القاسم في العتبية والمجموعة بما قاله المصنف، يعني: بمجرده فقال: إنما معنى قول مالك لا قسامة فيمن قتل بين الصفين إذا لم يدعِ الميت دمه عند أحد ولا قام بذلك شاهد، وأما إن ادعى أو شهد شاهد فالقسامة، وهو قول أشهب ومطرف وابن الماجشون وأصبغ. أشهب: لأن كونه بين الصفين لم يزد دعواه إلا قوة، وقيل هي محمولة على ظاهرها من نفي القسامة، ولو ادعى أو شهد له شاهد وهو مروي أيضا عن ابن القاسم وخطأه ابن المواز؛ لأن المدعي قوله: ولا شاهد يقتضي ذلك ولو كان من غير الطائفتين،

وتأوله صاحب البيان بتأويل لكنه لم يجزم به، بل قال: يحتمل أن يريد إذا كان [٧٢٠/ أ] الشاهد من طائفة المدعي وإلا فبعيد أن تنتفي القسامة مع شاهدين من غير الطائفتين وقيل: معناها لا قسامة في التدمية لما يقسم من العداوة بخلاف الشاهد، وهذا كله إذا كان القتال بين الصفين بنائرة أو عصبية من غير تأويل كانتا باغيتين، ولم تكن إحداهما زاحفة والأخرى دافعة، فأما إن كانت إحداهما زاحفة والأخرى دافعة، فدم الزاحفة هدر ودم الأخرى قصاص، وإن كانت إحداهما باغية والأخرى متأولة، وقتل من الباغية فهو هدر ودم المتأولة قصاص، وإن كانتا متأولتين فدمهما هدر ولا قود ولا دية قاله ابن القاسم، وروي عن مالك معناه، وذهب أصبغ إلى أنه يقتصر منه مطلقا سواء تاب أو أخذ قبل أن يتوب.

وَلَوْ شَهِدَتِ الْبَيِّنَةُ أَنَّهُ قَتَلَ وَدَخَلَ فِي جَمَاعَةٍ فَقِيلَ: يُسْتَحْلَفُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ خَمْسِينَ يَمِيناً وَيَغْرَمُونَ الدِّيَةَ بِلا قَسَامَةٍ، وَقِيلَ: لا شَيْءَ عَلَيْهِمْ ...

الأول لابن القاسم: وإن نكل بعضهم كانت الدية عليها فقط، وفيه نظر؛ لأن يمين الحالف أنقض عنه الغرم إذا حلف بعضهم ولم تسقط عنه إذا حلف جميعهم، والقول الثاني لسحنون وهو أقرب.

وَلَوْ وُجِدَ الْقَتِيلُ فِي قَرْيَةِ قَوْمٍ أَوْ دَارِهِمْ فَلَيْسَ بِمُجَرَّدِهِ لَوْثاً

علله مالك في المجموعة بأنه لو أخذ بذلك لم يشأ رجل أن يلطخ قومًا بذلك إلا فعل؛ لأن الغالب أن من قتله لا يترك بموضع هو به، واختار بعض شيوخنا أن يكون لوثاً في قتل حويصة ومحيصة، وهي وجود مسلم ببلد الكفار، وأنه لا ينبغي أن يختلف في ذلك.

وَالْقَسَامَةُ: أَنْ يَحْلِفَ الْوَارِثُونَ الْمُكَلَّفُونَ فِي الْخَطَإِ وَاحِداً كَانَ أَوْ جَمَاعَةً ذَكَراً أَوْ أُنْثَى خَمْسِينَ يَمِيناً مُتَوَالِيَةً عَلَى الْبَتِّ وَلَوْ كَانَ أَعْمَى أَوْ غَائِباً ...

لما انقضى كلامه على سبب القسامة أتبعه بتفسيرها، وبدأ بالخطأ إما لأنه أعم إذ يحلف فيه الرجال والنساء، وإما لأنه الموافق للأصل إذ لا يحلف فيه إلا المستحق.

وقوله: **(الْوَارِثُونَ الْمُكَلَّفُونَ)** أي: كل وارث مكلف دل على ذلك قوله: **(وَاحِداً كَانَ أَوْ جَمَاعَةً)**، واشترط المصنف التوالي كابن شاس لأنه أرهب.

وقوله: **(عَلَى الْبَتِّ وَلَوْ كَانَ أَعْمَى)** نحوه في المدونة والعمى لا يمنع من تحصيل أسباب العلم مع عشيرة في صاحبه.

وَتُوَزَّعُ الأَيْمَانُ عَلَى الْمِيرَاثِ، وَيُجْبَرُ كَسْرُ الْيَمِينِ عَلَى ذِي الأَكْثَرِ مِنَ الْكَسْرِ، وَقِيلَ: عَلَى الْجَمِيعِ كَمَا لَوْ تَسَاوَى الْكَسْرُ عَلَيْهِمْ...

أما توزيع الأيمان على الميراث فظاهر؛ لأنه سبب لحصوله، فإن انكسرت يمين فإما أن يتساوى الكسر أو يختلف، فإن تساوى حلف واحد يمينان.

ابن الجلاب: ويحتمل أن يحلف واحد فقط، وحكى ابن أبي زمنين قولان بالتساوي بالقرعة، كثلاث بنين فيحلف كل واحد منهم سبع عشرة يميناً، وأشار بقوله: كما لو تساوى الكسر، وإن اختلف فالمشهور أنه يحلفها أكثرهم نصيباً من اليمين المنكسرة، فإذا كان ابن وبنت حلف الابن ثلاثاً وثلاثين، وحلفت البنت سبعة عشرة؛ لأن لها نصيباً من اليمين المنكسرة ثلثها، وقيل: يحلف كل واحد كالتساوي، وفي المقدمات ثالث: يحلف صاحب الأكثر من الابنين فيحلفها الأب في المثال المفروض.

ثُمَّ مَنْ نَكَلَ أَوْ غَابَ فَلا يَأْخُذُ غَيْرُهُمَا حَتَّى يَحْلِفَ خَمْسِينَ يَمِيناً ثُمَّ مَنْ حَضَرَ حَلَفَ حِصَّتَهُ...

لأن الدية لا تلزم العاقلة إلا بعد ثبوت الدم، فإذا حضر الغائب حلف حصته فقط، وحكى في المقدمات إذا نكل مدعوا الخطأ أو بعضهم خمسة أقوال:

الأول: أن الأيمان ترد على العاقلة، فيحلفون كلهم لو كانوا عشرة آلاف والقاتل أجل منهم، فمن حلف لم يلزمه شيء، ومن نكل لزمه ما يجب عليه، وهو أحد قولي ابن القاسم، وهذا أبين الأقاويل وأصحها في النظر.

والثاني: أنه يحلف من العاقلة خمسون رجلاً يميناً واحدة فإن حلفوا برؤوا وبرئت العاقلة من جميع الدم، وإن حلف بعضهم برئ من حلف منهم، ولزم من بقية العاقلة الدية كاملة حتى يتموا خمسين يميناً وهذا قول ابن القاسم.

والثالث: أنهم إن نكلوا فلا حق لهم، وإن نكل بعضهم فلا حق لمن نكل ولا يمين على العاقلة؛ لأن الدية لم تجب عليهم بعد وإنما تجب عليهم بالفرض، قاله ابن الماجشون.

والرابع: أن اليمين ترجع على المدعى عليه وحده، فإن حلف برئ، وإن نكل لم يلزم العاقلة بنكوله شيء؛ لأن العاقلة لا تحمل الإقرار، والنكول كالإقرار، وإنما هو بنكوله شاهد على العاقلة، رواه ابن وهب عن مالك.

والخامس: أن الأيمان ترد على العاقلة، فإن حلفت برئت، وإن نكلت عن اليمين غرمت نصف الدية، قاله ربيعة، وهو على ما روي عن عمر رضي الله عنه في قضائه على السعدين.

وَلا يَحْلِفُ فِي الْعَمْدِ أَقَلُّ مِنْ رَجُلَيْنِ عَصَبَةً

أشار ابن القاسم وأشهب وعبد الملك إلى أن ذلك كالشهادة، ولا يقتل بأقل من شاهدين، ألا ترى أنه لا يحلف النساء في العمد إذ لا يشهدون فيه، ويحتمل أن يعلل المنع بظاهر قوله عليه الصلاة والسلام: أتحلفون، فأتى بصيغة الجمع وأقل الجمع اثنان عند مالك، نقله عنه في البيان.

وقوله: (**عَصَبَةً**) أي: عصبة القتيل وسواء ورثوا أم لا.

فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَمَوَالِي

المولى الأعلى: واحد العصبة لكن هو أبعد العصبة، وعلى هذا فمراده بالعصبة أولاً العصبة من النسب.

فَإِنْ لَمْ [٧٢٠/ب] تَكُنْ رُدَّتِ الْيَمِينُ، فَإِنْ نَكَلَ حُبِسَ حَتَّى يَحْلِفَ خَمْسِينَ يَمِيناً

فإن لم تكن عصبة ولا موالي ردت اليمين على المدعى عليه، فإن حلف برئ من الدعوى وضرب مائة وسجن عاماً، وإن نكل حبس حتى يحلف خمسين يميناً، وظاهره تأبيد حبسه وهو كذلك، ابن عبد السلام: وقد وقع في ذلك خلاف على تفصيل تركناه خوف الإطالة، فمن أراده فلينظر المقدمات.

وَلا مَدْخَلَ لِلنِّسَاءِ فِي الْعَمْدِ

أي: في قسامة العمد.

فَإِنْ كَانُوا أَقَلَّ مِنْ خَمْسِينَ وُزِّعَتْ، وَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ اجْتُزِئَ بِالْخَمْسِينَ عَلَى الأَصَحِّ ...

كما لو كان له ولدان فيحلف كل واحد خمسة وعشرين.

ابن عبد السلام: فإن طاع أحدهما أن يحلف أكثر من الأيمان لم يجز ذلك، هكذا قالوا، وكذلك إن كانوا ثلاثة حلف كل واحد منهم سبع عشرة، وكذلك يتوزعون الأيمان إلا أن يزيدوا على خمسين فالأصح، وهو قول ابن القاسم والمغيرة وأشهب وابن الماجشون، الاكتفاء بخمسين منهم لأن الزيادة على ذلك زيادة على سنة القسامة، وغير الأصح حكاه ابن رشد عن ابن الماجشون أيضا إلا أنه قال: رأيته في كتاب مجهول أنه لا بد أن يحلف كل واحد منهم يمينا وإلا لم يستحقوا الدم، وفي المقدمات: وإن تساوت حظوظهم من الأيمان المنكسرة كثلاثة إخوة أو اثنين وثلاثين أخاً؛ لأنه وجب على كلٍ يمين وثلثان ففيه اختلاف، وذهب ابن القاسم إلى أنه يجبر الكسر كل واحدٍ منهم فيحلف الثلاثون يمينين، ويحلف كل من الثلاثة سبع عشرة يمينان، وخالف أشهب فقال: يحلف الثلاثون أخاً يميناً يميناً، ثم يقال لهم: ائتوا بعشرين رجلاً منكم يحلفون عشرين يميناً، وكذلك إن كان

بعددهم أكثر من خمسين حلفوا على مذهب ابن القاسم، وحلف كل منهم خمسين على مذهب أشهب.

وَفِي الاجْتِزَاءِ بِاثْنَيْنِ مِنْ أَكْثَرَ مِنْهُمَا قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ

ضمير (**مِنْهُمَا**) يعود على الاثنين؛ أي: إذا كان ولاة الدم أكثر من اثنين سواء كانوا خمسين أو أقل أو أكثر فقال ابن القاسم: يجتزئ بحلف اثنين منهم، وقيده الشيخ أبو محمد بأن يطيعا بذلك، ولم يكن ذلك ممن لم يحلف نكولاً، وقال أشهب والمغيرة وابن الماجشون: لا بد أن يحلفوا كلهم، ولا يجوز حلف بعضهم.

فَإِنْ كَانَ وَاحِداً اسْتَعَانَ بِوَاحِدٍ مِنْ عَصَبَتِهِ

أي: إن كان ولي الدم واحداً استعان بواحد من عصبته؛ أي: بمن يلقاه في أبٍ معروف يوازيه، قال في المقدمات: فإن وجد رجلاً واحداً حلف كل واحد منهما خمس وعشرين يميناً، وإن وجد رجلين أو أكثر قسمت الأيمان بينهم على عددهم، فإن رضوا أن يحلفوا عقد منها أكثر ما يجب عنه زاد ما لم يزد على خمس وعشرين، وإن كان للقتيل وليان فأراد أن يستعينا في القسامة بغيرهما من الأولياء الذين دونهم في المرتبة فذلك جائز، وتقسم بينهم على عددهم، فإن رضي المستعان بهم أن يحلف كل واحد منهم أكثر مما يجب عليه فذلك جائز، ولا يجوز لأحدهما أن يحلف أكثر من خمس وعشرين، وإذا حلف كل واحد من الوليين ما يجب عليه من الأيمان إذا قسمت على عددهم، فلا بأس أن يحلف بعض المستعان بهم أكثر من بعض، وإن حلف أحدهم خمساً وعشرين ثم وجد صاحبه من يعينه، فإن الأيمان الذي حلف المستعان به لا تكون محسوبة للمستعين بأن تقسم بين الوليين، وإن لم تقسم بينهما وحسبت كلها للمستعين، يحلف ما بقي من الخمس وعشرين فيزاد عليه حتى يستكمل نصف ما بقي من الخمسين يميناً بعد الأيمان التي حلفها المستعان به محسوبة لا تقسم بينه وبين صاحبه.

وَلا يُنْتَظَرُ الصَّغِيرُ إلا ألا يُوجَدَ حَالِفٌ فَيَحْلِفُ نِصْفَهَا وَالصَّغِيرُ مَعَهُ فَيُنْتَظَرُ، فَإِنْ عَفَا فَلِلصَّغِيرِ حِصَّتُهُ مِنَ الدِّيَةِ لا أَقَلَّ...

يعني: إذا كان للميت وليان خلاف الصغير الصغير إما في درجة واحدة أو بالاستعانة لم ينتظر الصغير وأقسما وقتلا، وإن لم يكن إلا واحد انتظر بلوغه ويحلف الكبير الآن النصف، ولا يؤخره؛ لأنه قد يموت أو يغيب قبل بلوغ الصغير فيبطل الدم.

قوله: (**وَالصَّغِيرُ مَعَهُ**) أي: حالة اليمين لأنه أرهب والجملة في محل حال، ثم إن عفا الكبير صح عفوه، ووجب للصغير نصيبه من الدية، أي: دية عمد لا أقل منها، وظاهر كلام المصنف انتظار الصغير وإن بعد بلوغه، وهو مذهب المدونة، ابن عبد السلام: وهو المشهور، وكذلك ظاهر المدونة أيضا انتظار الغائب، وعن سحنون: أن قرب بلوغ الصغير وانتظار الغائب، وإن بعد لم ينتظر، وتأول أبو عمران المدونة على أن الغائب ينتظر بخلاف الصغير، وفيه نظر وعكسه أحسن.

وَنُكُولُ الْمُعَيَّنِ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ

لأنه لا حق له في الدم، ولأنه يتهم أن يرشى، وإذا نكل المعين ولم يكن ولي الدم إلا واحد، فإن وجد من يستعين به غير هذا، وإلا فقد بطل الدم.

وَأَمَّا نُكُولُ غَيْرِ الْمُعَيَّنِ فَإِنْ كَانَ مِنَ الْوَلَدِ أَوِ الإِخْوَةِ سَقَطَ الْقَوَدُ، وَكَذَلِكَ غَيْرُهُمْ عَلَى الْمَشْهُورِ...

يعني: وأما نكول غير الأولياء الذين هم في القود سواء، فإن كانوا أولادا أو إخوة سقط القود بالاتفاق، واختلف في غيرهم كالأعمام وبنيهم ومن هو أبعد، فالمشهور سقوط القود أيضا، وهكذا صرح الباجي بمشهوريته والشاذ [٧٢١/ أ] لا يسقط إلا باجتماعهم، وقال ابن نافع: إن كان على وجه العفو حلف من بقي وكانت له الدية، وإن

كان على وجه التورع حلف من بقي وقتلوا، قال: فمن الشيوخ من يحمله على التقييد ويقول: لا خلاف أن النكول إن كان تورعاً فلا خلاف أن لمن بقي أن يقسم ويقتل، ومنهم من يحمله على الخلاف ويقول: إذا نكل أحد الأولياء عن القسامة فلا سبيل إلى القسامة كان نكوله عفواً أو تورعاً وهو الأظهر، وفرق ابن القاسم بين أن يكون العفو قبل القسامة فيبطل القتل والدية، أو بعدها فيبطل القتل ويكون لمن بقي حظهم من الدية، وأبطل ابن الماجشون الدية مطلقا، والنكول عن القسامة عند جميعهم كالعفو.

وَالرُّجُوعُ بَعْدَ الْيَمِينِ وَقَبْلَ الْقَتْلِ كَالنُّكُولِ

يعني: إذا اكذب أحد الأولياء نفسه بعد الأيمان فذلك كالنكول، فإن كان الراجع ابنا أو أخا سقط القود، وكذلك العم وابنه على المشهور، هذا مقتضى التشبيه، وفي المقدمات: إن عفا أحد الأولياء بعد ثبوته بالبينة والقسامة أو أكذب نفسه بعد القسامة فثلاثة أقوال:

الأول: لابن الماجشون: أن الدم والدية يبطلان ولا يكون لمن بقي شيء من دية ولا قصاص.

الثاني: لمن بقي من الأولياء حظه من الدية.

الثالث: إن عفا كان لمن بقي حظوظهم وإن أكذب نفسه لم يكن للباقين شيء من الدية، وإن كانوا قبضوها ردوها، وهو مذهب ابن القاسم في المدونة وغيرها، قال: فيأتي على هذا في بطلان الدية بعفو أحد الأولياء عن الدم ثلاثة أقوال:

الأول: لابن الماجشون: أنه يبطل ولا شيء لمن بقي.

الثاني: أن لمن بقي حصته من الدية بغير قسامة إن كان العفو بعد ثبوت الدم أو قسامة إن كان العفو قبلها.

الثالث: تفرقة ابن القاسم بين أن يكون العفو بعد ثبوث الدم أو قبله، وساوى ابن القاسم بين العفو والنكول عن اليمين قبل القسامة، وفرق بعد القسامة من عفو أحد الأولياء أو تكذيبه لنفسه، كعفوه عن الدم قبلها لا شيء لمن بقي على ما ذكرناه.

وَعَلَى سُقُوطِ الْقَوَدِ فَفِي رَدِّ الْيَمِينِ إِلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ أَوْ أَيْمَانِ الْبَاقِي وَاسْتِحْقَاقِهِمُ الدِّيَةَ - رِوَايَتَانِ...

أي: إذا فرعنا على سقوط القود في النكول والرجوع، فروي عن مالك أن الأيمان ترد على المدعى عليه ويسقط الدم والدية، وروي عنه أن لمن بقي أن يحلف ويأخذ حظه من الدية. **ابن عبد السلام**: والظاهر الأول.

فَإِنْ نَكَلَ فَثَلاثَةٌ: الْحَبْسُ حَتَّى يَحْلِفَ خَمْسِينَ يَمِيناً وَلَهُ أَنْ يَسْتَعِينَ، وَالدِّيَةُ، وَالْحَبْسُ حَتَّى يَحْلِفَ أَوْ يَطُولَ...

أي: فإن نكل المدعى عليه على القول بتوجيه اليمين عليه ففي المسألة ثلاثة أقوال، وتصورها من كلامه ظاهر وأظهرها الأول، لأن طلب منه أمر يسجن بسببه فلا يخرج إلا بعد حصول ذلك المطلوب، وقوله في القول الثاني: (**وَالدِّيَةُ**) أي: في ماله، والقول الثالث: جار على مسائل الطلاق والعتق.

قوله: (**وَلَهُ أَنْ يَسْتَعِينَ**)، اختلف في استعانة المدعى عليه على ثلاثة أقوال:

الأول: نفي الاستعانة. **ابن عبد السلام**: وهو مذهب المدونة ومطرف.

والثاني: قول ابن القاسم في المجموعة: أن الأيمان ترد على المدعى عليهم ويحلف معهم المتهم، وهذا القول الذي ذكره المصنف بقوله: وله أن يستعين، وحمل أبو الحسن المدونة عليه، وهو ظاهر الرسالة.

والثالث: لابن القاسم في العتبية والموازية: أن ولاة المدعى عليه بالتخيير بين أن يحلفوا الأيمان كلها أو يحلفها المتهم وحده، وليس لهم أن يحلفوا بعضها ويحلف هو بقيتها، والأول أظهر ولا يخفى وجهه.

وَكَذَلِكَ لَوْ رُدَّتْ عَلَيْهِ الْيَمِينُ فَنَكَلَ

لما ذكر حكم نكول بعض الولاة ذكر نكول الجميع، وأشار بذلك إلى جريان الأقوال الثلاثة.

فَإِنْ كَانَ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ جَمَاعَةً حَلَفَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ خَمْسِينَ يَمِيناً

لأن كل واحد منهم على البدل مرتهن بالقتل، وهل لكل منهم الاستعانة؟ يجري على الخلاف المتقدم.

وَحُكْمُهَا: الْقَوَدُ فِي الْعَمْدِ وَالدِّيَةُ فِي الْخَطَأِ

لما ذكر أسباب القسامة وحقيقتها، أخذ فيما يترتب عليها من الأحكام.

وقوله: (**الْقَوَدُ**) يعني: في العمد لقوله عليه الصلاة والسلام: «**أتحلفون وتستحقون دم صاحبكم**» وكلامه ظاهر.

وَلا يُقْتَلُ بِهَا إِلا وَاحِدٌ خِلافاً لِلْمُغِيرَةِ

لأن القسامة فيها ضعف من الإقرار والبينة، ولما في مسلم في بعض طرق الحديث: «**يقسم خمسين منكم على رجل منهم**»، قال في الموطأ: ولم نعلم قسامة كانت قط إلا على رجل واحد، وقاس المغيرة ذلك على الشهادة، ابن القاسم في الموازية والمجموعة: وإن وجب لقوم دم رجل بقسامة، فلما تقدم للقتل أقر غيره أنه قتله، إن شاءوا قتلوا المقر بإقراره، وإن شاءوا قتلوا الأول بالقسامة، ولا يقتلوا إلا واحد.

وَعَلَى الْمَشْهُورِ يَكُونُ مُعَيَّناً بِالْيَمِينِ، وَإِنْ كَانَ اللَّوْثُ عَلَى الْجَمَاعَةِ بِخِلافِ الْخَطَإِ فَإِنَّهُ لا يُقْسَمُ إِلا عَلَى جَمِيعِهِمْ، وَتُوَزَّعُ الدِّيَةُ عَلَى عَوَاقِلِهِمْ فِي ثَلاثِ سِنِينَ، وَقَالَ أَشْهَبُ: أَوْ يَخْتَارُونَهُ بَعْدَ يَمِينِهِمْ عَلَى الْجَمَاعَةِ...

أي: إذا بنينا على أنه لا يقتل بها إلا واحد، فالمشهور أن القسامة لا تكون إلا على معين وهو الذي يريدون قتله، [٧٢١/ ب] ابن القاسم عن مالك في الموازية والمجموعة: وإذا أقسموا عليه قالوا: في القسامة لمات من ضربه، ولا يقولون من ضربهم.

وقوله: (**وَإِنْ كَانَ اللَّوْثُ عَلَى الْجَمَاعَةِ**) ظاهره أنه مبالغة وليس بظاهر، لأن فرض المسألة أن اللوث على جماعة.

قوله: (**بِخِلافِ الْخَطَإِ فَإِنَّهُ لا يُقْسَمُ إِلا عَلَى جَمِيعِهِمْ، وَتُوَزَّعُ الدِّيَةُ عَلَى عَوَاقِلِهِمْ فِي ثَلاثِ سِنِينَ**) هكذا في المدونة ففيها: والفرق بين العمد والخطأ يقول: الضرب منا أجمعين، فلا تخصوا عاقلتي بالدية ولا حجة له في العمد انتهى.

ولا فرق على مذهب ابن القاسم بين أن يكون الضرب واحدا أو متعددا، وقال سحنون: إن كان الضرب واحدا كقوم حملوا صخرة فالقسامة على جميعهم، والخطأ والعمد في ذلك سواء، وإن كان الضرب مفترقا فلا يقسم إلا على واحد منهم، إذ لا يمكنه أن يقتله أكثر من واحد.

وقوله: (**وَقَالَ أَشْهَبُ: أَوْ يَخْتَارُونَهُ**) هذا مقابل قوله أول المسألة: (**يَكُونُ مُعَيَّناً بِالْيَمِينِ**)، ودلت (**أَوْ**) من قول المصنف: (**أَوْ يَخْتَارُونَهُ**)، على أن أشهب يخير في الأمرين وهو كذلك، وخيره أيضا في ثالث وهو أن يقسموا على اثنين وأكثر، وفي قول أشهب لأنهم إذا أقسموا على الجميع ثم اختاروا واحدا أيكون من الترجيح فلا رجح؛ إذ ليس أحدهم بأولى من الآخر، وقيد ابن رشد هذا الخلاف بأن يحتمل موته أن يكون على أحدهم وإن لم يحتمل ذلك، كما لو رموا عليه صخرة لا يقدر بعضهم على رفعها، فلا اختلاف أنهم يقسمون عليهم كلهم ثم يقتلون من شاءوا منهم.

أصبغ: فإن رمى بدمه نفرا فأخذ واحد وسجن وتغيب من بقي، فأراد الأولياء بقاؤه حتى يجدوا من غاب فيختارون من يقسموا عليه، وقال المسجون: إما أقسمتم علي أو أطلقتموني فذلك له ويستأنى به بقدر ما يطلبون، ويرجى الظفر بهم ويتلوم لهم في ذلك، فإن تم التلوم وحبس سنة، وإن لم يحلفوا حلف خمسين يمينا، فإن نكل سجن حتى يحلف، قالوا: وإن شاءوا صالحوا المسجون على مال ثم لهم القسامة على من شاءوا وسجن المصالح سنة بعد أن يضرب مائة.

وَمَنْ أَقَرَّ بِقَتْلٍ خَطَأٍ فَإِنْ كَانَ كَأَخٍ أَوْ صَدِيقٍ مُلاطِفٍ لَمْ يُصَدَّقْ؛ لأَنَّهُ يُتَّهَمُ بِإِغْنَاءِ وَرَثَتِهِ، وَإِنْ كَانَ بَعِيداً وَكَانَ عَدْلاً فَالدِّيَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ، بِقَسَامَةٍ فَإِنْ لَمْ يُقْسِمُوا فَلا شَيْءَ لَهُمْ ...

تصوره ظاهر والمسألة في المدونة في الديات وفي الصلح، ولا إشكال في عدم قبول قوله: إذا كان يتهم، وأما البعيد فالدية على العاقلة، قال في المدونة: إذا كان ثقة مأمونا ولم يخف أن يرشى، وعبر المصنف عن ذلك بالعدالة، وحكى ابن الجلاب في هذه المسألة أربع روايات: **الأولى**: مذهب المدونة وهو ما ذكره المصنف أن الدية على العاقلة بقسامة. **الثانية**: أنها على المقر له في ماله بقسامة. **الثالثة**: أنه لا شيء عليه ولا على العاقلة. **الرابعة**: يقضى عليه وعلى عاقلته، فما أصابه غرمه وما أصاب العاقلة سقط عنها.

وَلَوْ شَهِدَ عَلَى إِقْرَارِهِ بِذَلِكَ شَاهِدٌ وَاحِدٌ كَانَ كَالْمَقْتُولِ

أي: على إقراره أي: القاتل، ومقتضى التشبيه أنه لا يفيد الشاهد الواحد لأنه قال: والإقرار بذلك أو بقتله خطأ بشاهدين، وقد اختلف في الشاهد الواحد على إقرار القاتل بالقتل عمدا أو خطأ على ثلاثة أقوال: **الأول**: أنه يقسم في العمد والخطأ، **الثاني**: لا قسامة فيهما، **الثالث**: يقسم في العمد دون الخطأ وإليه ذهب سحنون وعليه أصلح المدونة.

ابن رشد: وهو أظهرها إذ قيل أن إقرار القاتل خطأ ليس بلوث يوجب القسامة، فكيف إذا لم يثبت قوله وإنما شهد به واحد.

وَلَوْ شَهِدَ مَعَ إِقْرَارِهِ شَاهِدٌ وَاحِدٌ فَالْقَسَامَةُ أَيْضاً مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ كَالْمَقْتُولِ

يعني: ولو شهد واحد بالقتل فلا بد بالقسامة، ومراده إذا أقر القاتل بالقتل خطأ، وأما في العمد فإنه يقتل بإقراره.

وقوله: (**مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ**) بين أن يكون قريباً أو بعيداً كالمقتول؛ أي: كما إذا تعدد اللوث مع قول المقتول.

وَفِيهَا: لا قَسَامَةَ فِي الْجِرَاحِ وَلَكِنْ مَنْ أَقَامَ عَدْلاً عَلَى جُرْحٍ عَمْدٍ أَوْ خَطَأٍ حَلَفَ يَمِيناً وَاحِدَةً وَاقْتَصَّ أَوْ أَخَذَ الْعَقْلَ، وَقَالَ مَالِكٌ حِينَ اسْتُشْكِلَ الْعَمْدُ: إِنَّهُ لَشَيْءٌ اسْتَحْسَنَّاهُ وَمَا سَمِعْنَا فِيهِ شَيْئاً...

قد تقدم الكلام على هذا ولعل المصنف أتى به هنا لأحد أمرين: أولهما ليتوصل بذلك إلى الفرع الذي بعده، وإما لأنه لما فرغ مما فيه القسامة شرع فيما لا قسامة فيه من الجراح والكافر والعبد والجنين تصور كلامه ظاهر.

وقوله: (**اسْتُشْكِلَ**) هو مبني لما لم يسمَّ فاعله؛ لأن الْمُسْتَشْكِل ابن القاسم، وقال ابن عبد الحكم: لا أرى ذلك في العمد.

قوله: (**أَوْ أَخَذَ الْعَقْلَ**) راجع إلى الخطأ.

فَإِنْ نَكَلَ قِيلَ لِلْجَارِحِ: احْلِفْ وَابْرَأْ، فَإِنْ نَكَلَ حُبِسَ حَتَّى يَحْلِفَ

أي: فإن نكل من قام له شاهد بالجرح، قيل للجارح: احلف فإن حلف برئ وإن نكل سجن حتى يحلف، وكان ابن القاسم يقول: يقتص به ثم رجع، وقال ابن القاسم أيضاً: فإن طال حبسه ولم يحلف عوقب وأطلق إلا أن يكون متمرداً فليخلد في السجن.

وَلَوْ أَقَامَ النَّصْرَانِيُّ عَدْلاً أَنَّ وَلِيَّهُ قَتَلَهُ مُسْلِمٌ أَوْ نَصْرَانِيٌّ حلَفَ يَمِيناً وَاحِدَةً [٧٢٢/أ] وَاسْتَحَقَّ الدِّيَةَ...

قد تقدم هذا الفرع أول القسامة.

وَكَذَلِكَ الْعَبْدُ

قد تقدم أيضاً.

وَالْجَنِينُ الرَّقِيقُ وَالْجَنِينُ كَالْجُرْحِ لا كَالنَّفْسِ، وَلِذَلِكَ لَوْ أَلْقَتْ جَنِيناً مَيْتاً، وَقَالَتْ: دَمِي وَجَنِينِي عِنْدَ فُلانٍ وَمَاتَتْ كَانَتِ الْقَسَامَةُ فِي الأُمِّ وَلا شَيْءَ فِي الْجَنِينِ...

مراده بـ(**الْجَنِينُ**) ثانياً: الحر.

قوله: (**كَالْجُرْحِ**) أي: فيمن أقام شاهدا واحدا حلف واستحق الغرة في الجرح وعشر قيمة الأم في الرقيق، فقوله: (**وَالْجَنِينُ الرَّقِيقُ**) مبتدأ، وقوله: (**وَالْجَنِينُ**) عطف عليه، و(**كَالْجُرْحِ**) الخبر، وإنما بين هذا وإن كان واضحا لأن بعض الناس لم يتبين له هذا.

وقوله: (**وَلِذَلِكَ**) أي: ولأجل أن الجنين كالجرح (**لَوْ أَلْقَتْ جَنِيناً مَيْتاً، وَقَالَتْ: دَمِي وَجَنِينِي عِنْدَ فُلانٍ كَانَتِ الْقَسَامَةُ فِي الأُمِّ وَلا شَيْءَ فِي الْجَنِينِ**)؛ لأنه بمنزلة ما لو قال: جرحني فلان وذلك غير مسموع.

وَلَوْ ثَبَتَ الأَمْرَانِ بِعَدْلٍ وَاحِدٍ فَالْقَسَامَةُ فِي الأُمِّ وَيَمِينٌ وَاحِدَةٌ فِي الْجَنِينِ

الأمران موتها وخروج الجنين ميتا بعدل، فالقسامة في الأم لأنها نفس، ويحلف ولي الجنين فيه يميناً واحدة ويستحق ديته لأنه كالجرح، فلو استهل أقسم عليه أيضاً، وقد تركنا كثيراً من الفروع؛ لأن الغرض حل كلام المصنف ولقلة وقوعه، والله أعلم.

الْجِنَايَاتُ الْمُوجِبَةُ لِلْعُقُوبَةِ سَبْعَةٌ: الْبَغْيُ، وَالرِّدَّةُ، وَالزِّنَى، وَالْقَذْفُ، وَالسَّرِقَةُ، وَالْحِرَابَةُ، وَالشُّرْبُ...

لما تكلم على القتل والجراح اللذين يكون عنهما إذهاب النفس الذي هو من أعظم الذنوب في حق الآدميين، اتبع ذلك بالجنايات الموجبة إما لسفك الدماء ولما دونه، والجناية هي ما يحدثه الرجل على نفسه أو غيره مما يضر حالاً أو مآلاً، ثم هي منحصرة في الاصطلاح في هذه السبعة، وبدأ فيها بالبغي لأنها أعظمها مفسدة، إذ فيه إذهاب الأموال غالباً، وعقبه بالردة لأنها وإن كانت في الدين إلا أن مفسدها، وعقبه بالزنى؛ لأن مفسدته تقضي إلى إتلاف النفوس بواسطة عدم معرفة الأب الذي يقوم بمصالحه، وأعقبه بالقذف لتعلقه بالأنساب، وأما السرقة والحرابة فالمفسد فيهما إنما هو إتلاف الأموال وهو أضعف، وكان ينبغي على هذا تقديم الشرب؛ لأن مفسدته ذهاب العقل، إلا أن يقول لم يكن الحد فيه منصوصاً عن الشارع، وقيساً على القذف أخره لذلك.

الْبَغْيُ: الْخُرُوجُ عَنْ طَاعَةِ الإِمَامِ مُغَالَبَةً

الجوهري: البغي: التعدي، وقال عياض وابن العربي: هو الطلب إلا أنه مقصور على طلب خاص، وهو أن يبتغي ما لا ينبغي ما ابتغاؤه، وهذا معنى كلامهما، وفي اصطلاح الفقهاء: الخروج عن طاعة الإمام يبتغي خلعه، أو يمتنع من الدخول في طاعته، أو يمنع حقاً وجب عليه بتأويل، وأخرج المصنف الخروج عن طاعة غير الإمام من غير مغالبة فإن ذلك لا يسمى بغياً، فإن قيل قوله: (**الْخُرُوجُ**) لا يصدق إلا على من دخل وذلك غير شرط؛ إذ لا يشترط في انعقاد الولاية كل واحد، قيل: قد يجاب عنه بأنه أراد الخروج عما وجب عليه شرعا، وهو أعم من أن يكون دخل فيه أم لا.

وَالْبُغَاةُ قِسْمَانِ: أَهْلُ تَأْوِيلٍ وَأَهْلُ عِنَادٍ

يعني: ويقاتلان، وقد أجمع في ذلك في زمان أبي بكر رضي الله عنه حيث قاتل مانع الزكاة، وكان بعضهم متأولاً أن وجوبها قد انقضى بموته صلى الله عليه وسلم لقوله تعالى: ﴿ خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِم بِهَا ﴾ [التوبة: ١٠٣] وبعضهم معانداً شحًّا بماله.

وَلِلإِمَامِ الْعَدْلِ فِي قِتَالِهِمْ خَاصَّةً جَمِيعُ مَا لَهُ فِي الْكُفَّارِ وَإِنْ كَانَ فِيهِمُ النِّسَاءُ وَالذُّرِّيَّةُ بَعْدَ أَنْ يَدْعُوَهُمْ...

(**خَاصَّةً**) يرجع إلى قتالهم دون الاسترقاق وقتل أسيرهم والتذفيف على جريحهم، وأعاد ابن عبد السلام: خاصة للإمام العدل؛ أي: للعدل القتال دون غيره جميعاً؛ أي: الطائفتين أهل التأويل وأهل العناد ماله في قتال الكفار من ضيف سيف ورمي نبل أو منجنيق وتغريق وتحريق، ولا يمنعه من ذلك وجود النساء والذرية فيهم.

وقوله: (**بَعْدَ أَنْ يَدْعُوَهُمْ**) إلى الحق، هكذا نص عليه سحنون في كتاب ابنه، وإذا كان الكفار يدعون على أحد الأقوال، فهنا أولى لأنهم مسلمون.

وَلا يَقْتُلُ أَسِيرَهُمْ، وَإِذَا ظَهَرَ عَلَيْهِمْ وَأَمِنُوا فَلا يُذَفِّفُ عَلَى جَرِيحِهِمْ وَلا مُنْهَزِمِهِمْ

هكذا قال أصبغ: إذا أسر منهم أسير فلا يقتل بل يؤدب ويسجن حتى يتوب، وإن ثبت عليه أنه قتل أحدا قتل به، وظاهر كلام أصبغ، وهو ظاهر كلام المصنف عدم القتل ولو كانت الحرب قائمة، وقال عبد الملك: إن كانت الحرب قائمة فللإمام قتل أسيرهم أو جماعة في قبضته إذا خاف أن تكون عليه دائرة أو حس ضعفا، سحنون: وإذا ظهر الإمام عليهم ظهوراً بينا وأيس من عودتهم، فلا يقتل منهزمهم ولا يذفف على جريحهم، وإن لم يتحقق الهزيمة ولا يؤمن رجوعهم فلا بأس أن يقتل منهزمهم، وجريحهم.

ابن حبيب: ونادى منادي علي بن أبي طالب رضي الله عنه في بعض من حاربه ألا يتبع مدبر ولا يجهز على جريح ولا يقتل أسير، ثم كان موطن آخر في غيرهم فأمر باتباع المدبر وقتل الأسير والإجهاز على الجريح، فعوتب في ذلك، فقال: هؤلاء لهم فئة ينحازون إليها، الأولون لم تكن لهم فئة، ومعنى (**أَلَّا يُذَفَّفَ**): لا يجهز، ونقل في النوادر [٧٢٢/ ب] عن سحنون أنه قال: سمعت أصحابنا يقولون لا يقتل منهزم العصبية ويقتل منهزم الخوارج على كل حال، ولعله إذا كان لهم إمام وفئة يوافق الأول.

وَفِي قَتْلِ الرَّجُلِ أَبَاهُ قَوْلانِ

ظاهره أنه من منع ذلك منعه على وجه التحريم، وهذا القول إنما هو منقول عن سحنون، وقال: لا أحب وظاهره الكراهة، وقد صرح سحنون في موضع آخر بالكراهة، وقال: من غير تحريم، سحنون: وله قتل أبيه وأخيه وجده لأبيه وأمه، والقول بأن له أن يقتل أباه لأصبغ، وسكت عن الأم؛ لأن الغالب عدم قتالها وإلا فهي أزيد من الأب برّاً.

وَأَمَّا أَمْوَالُهُمْ فَإِنْ كَانَتْ سِلاحاً أَوْ كُرَاعاً وَاحْتِيجَ إِلَيْهَا اسْتُعِينَ بِهَا عَلَيْهِمْ، وَيُرَدُّ بَعْدَ ذَلِكَ هُوَ وَغَيْرُهُ...

ويرد إلى المال المستعان به وغيره من سائر أموالهم لأنهم مسلمون، لم يزل ملكهم عن أموالهم، فُهِمَ من كلامه أن غير السلاح والكراع لا يستعان به عليهم، وأن السلاح والكراع إذا لم يحتج إليها لا يجوز أخذها، وهكذا نقل عن علي ابن أبي طالب رضي الله عنه جواز الاستعانة وإلا فالأصل عدم الجواز لقوله عليه الصلاة والسلام: «**لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس**».

وَمَا أَتْلَفَهُ أَهْلُ التَّأْوِيلِ مِنْ نَفْسٍ وَمَالٍ فَلا ضَمَانَ

يعني: أنهم إن خرجوا متأولين فلا ضمان فيما أتلفوه في الفتنة من نفس ومال، واحترز بقوله: (**أَتْلَفَهُ**) مما لو كان بأيديهم بعينه فإن ربه يأخذه.

وَإِنْ وَلَّوْا قَاضِياً أَوْ أَخَذُوا زَكَاةً أَوْ أَقَامُوا حَدّاً، فَفِي نُفُوذِهِ قَوْلانِ

القول بالنفوذ لمطرف وابن الماجشون، وعدمه لابن القاسم، وعن أصبغ القولان، والأول أقيس؛ لأن التأويل إذا نفعهم في درأ القصاص والحدود وأخذ المال انبغى أن ينفعهم في هذه الأمور.

وَمَا أَتْلَفَهُ أَهْلُ الْعِنَادِ مِنْ نَفْسٍ وَمَالٍ فَالْقِصَاصُ وَالضَّمَانُ

لأنهم غير معذورين.

وَحُكْمُ النِّسَاءِ الْمُقَاتِلَةِ مِنْهُمَا حُكْمُ الرِّجَالِ

(**مِنْهُمَا**) أي: من أهل التأويل وأهل العناد من القتل، وعدم قتل الأسير والتذفيف على الجريح، وفي الجواهر: وإذا قاتل النساء مع البغاة بالسلاح فلأهل العدل قتلهن في القتال، فإن لم يكن قتالهن إلا بالتحريض ورمي الحجارة فلا يقتلن إلا أن يكن قتلن فيقتلن، الشيخ أبو محمد: يريد غير أهل التأويل، وقد تقدم في قتل النساء من أهل الحرب.

وإِذَا سَأَلَ أَهْلُ الْبَغْيِ الإِمَامَ التَّأْخِيرَ أَيَّاماً أَوْ أَشْهُراً حَتَّى يَنْظُرُوا فِي أَمْرِهِم، وَتَأَوَّلُوا شَيْئاً لَمْ يَجُزْ أَخْذُهُمْ، وَلَهُ أَنْ يُؤَخِّرَهُم مَا سَأَلُوا مَا لَمْ يُقَاتِلُوا فِيهَا أَحَداً أَوْ يُفْسِدُوا ...

هذه الجملة وقعت في بعض النسخ، ووقعت في نسختي ونحوها في الجواهر وهو ظاهر التصور.

وَأَمَّا أَهْلُ الذِّمَّةِ - فَإِنْ كَانُوا مَعَ أَهْلِ التَّأْوِيلِ فَحُكْمُهُمْ حُكْمُهُمْ، وَيُرَدُّونَ إِلَى ذِمَّتِهِمْ، فَإِنْ كَانُوا مَعَ أَهْلِ الْعِنَادِ فَقَدْ نَقَضُوا عَهْدَهُمْ...

لأن التأويل صيرهم كأهل الفتنة وكلامه ظاهر.

الرِّدَّةُ: الْكُفْرُ بَعْدَ الإِسْلامِ، وَتَكُونُ بِصَرِيحٍ، وَبِلَفْظٍ يَقْتَضِيهِ، وَبِفِعْلٍ يَتَضَمَّنُهُ

حد المصنف الردة ظاهر التصور، ونسأل الله العظيم بجاه النبي الكريم أن يعصمنا منها، وأن يميتنا على الإسلام وهو راض عنا، وأن يقلع من قلوبنا رعونات البشرية.

قوله: **(وَتَكُونُ)** أي: الردة، ويجوز أن تقرأ بالياء المثناة من تحت، تعود حينئذٍ على الكفر الصريح كالكفر بالله وبرسوله، واللفظ الذي يقتضيه كجحد الصلاة والصوم وما علم من الدين ضرورة، أو ادعى أن للنجوم تأثيرا، والفعل المضمن قالوا: كإلقاء المصحف في القاذورات، وتلطيخ الكعبة بها وشد الزنار ببلاد الإسلام، والسجود للصنم، ونقل ابن عبد السلام، وابن راشد عن القرافي، أن الخطيب إذا جاءه من يريد النطق بكلمة الإسلام، فقال: اصبر حتى أقرأ خطبتي أنه يحكم بكفر الخطيب، لأن ذلك يقتضي أنه أراد بقاءه على الكفر، ولم أرَ ذلك، ووقعت في أيام القرافي مسألة وهي: أن رجلا قال لآخر أمات الله البعيد كافرا، فأفتى الكركي بكفره، قال: لأنه أراد أن يكفر بالله، وقال القرافي: إرادة الكفر لم تكن مقصودة، وإنما أراد التغليظ في الشتم، والكفر شيء يتول إليه الأمر. **ابن راشد:** وما قاله هو الصواب.

وَتُفَصَّلُ الشَّهَادَةُ فِيهِ لاخْتِلافِ النَّاسِ فِي التَّكْفِيرِ

يعني: لا يقبل من الشاهد أن يقول فلان كفر وارتد عن الإسلام حتى يبين الذي كَفَر به، لأن من الناس من كفَّرَ بلازم المذهب ومنهم من لم يكفر به، ولا يقال يجري هنا الاختلاف الذي في التعديل والتجريح، لأن المفسدة هنا أشد، وظاهر كلام المصنف وجوب التفصيل، ولفظ الجواهر: ينبغي ولعل مراده أيضا الوجوب.

وَمَنْ تَنَصَّرَ مِنْ أَسِيرٍ حُمِلَ عَلَى الاخْتِيَارِ حَتَّى يَثْبُتَ إِكْرَاهٌ فَكَالْمُسْلِمِ

هذا هو المشهور، ووجهه أن الغالب في أحوال المكلف الاختيار وهذا صحيح، إلا أن يشتهر عن جهة من جهات الكفار أنهم يكرهون الأسير على الدخول في دينهم، ويكثرون من الإساءة إليه، فإذا تنصر خفف عنه، فينبغي عندي أن يتوقف في إجراء حكم المرتد عليه في ماله وزوجاته حتى يثبت ذلك، وقيل: بل يحمل على الإكراه لأنه الغالب من حال المسلم.

وقوله: (**فَكَالْمُسْلِمِ**) أي: فكما أن الكافر إذا أسلم ثم زعم أن إسلامه كان عن [٧٢٣/ أ] إكراه، فإنه يحمل على الاختيار ولا يقبل منه دعوى الاضطرار، هكذا قال ابن عبد السلام، قال: ولم يثبت.

قوله: (**فَكَالْمُسْلِمِ**)، أنه إذا ثبت إكراهه فكالمسلم في جميع أحكامه، ويكون أعاد بذلك إلى قوله في المدونة: وإن ثبت إكراهه فكالمسلم في جميع أحكامه، ويكون أعان بذلك ببينة لم يطلق عليه في نسائه وماله، ويرث ويورث.

وَمَنْ أَسْلَمَ ثُمَّ ارْتَدَّ عَنْ قُرْبٍ، فَقَالَ: أَسْلَمْتُ عَنْ ضِيقٍ أَوْ خَوْفٍ أَوْ غُرْمٍ، فَفِي قَبُولِ عُذْرِهِ بَعْدَ ظُهُورِهِ قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وأَشْهَبَ، إِلا أَنْ يُقِيمَ بَعْدَ زَوَالِ الْعُذْرِ ...

يعني: إذا أسلم كافر ثم ارتد وقيد المصنف ذلك بالقرب كما في الرواية لأنه الغالب، ومفهوم قوله بعد ظهوره أنه لو لم يظهر ما ادعاه ما سمع منه، وحكم فيه بحكم المرتد وهو صحيح، وقول ابن القاسم بعد ظهور عذره، وروي عن مالك، أصبغ: وهو أحب إليَّ إلا أن يقيم على الإسلام بعد ذهاب الخوف فهذا لا يقبل، وقاله ابن وهب وابن القاسم، وإلى هذا التقييد أشار بقوله: (**إِلا أَنْ يُقِيمَ بَعْدَ زَوَالِ الْعُذْرِ**)، والخلاف مبني على أنه هل يجوز إكراه الكافر على الإسلام أو لا؟ فروى أشهب وغيره أنه إكراه بحق، وإنما لا يعتبر المكره

عليه إذا كان باطلا، وروي في القول الأول أن الإكراه لا يجوز لأن الشرع قد أقر الذمي على دينه فلا يكره على الخروج منه، وإذا لم يجز إكراهه بإكراه لم يلزمه والله أعلم.

فرع:

المتيطي: إذا أجاب إلى الإسلام جملة، وتشهد وأقر بالرسالة ووقف على شرائع الإسلام من وضوء وصلاة وزكاة وحج البيت إن استطاع إليه سبيلا، فإن أجاب إلى ذلك تم إسلامه وقبل إيمانه، وإن أبى من التزام ذلك لم يقبل منه إسلام ولا يكره على التزامها، ولم يجبر على الإسلام وترك دينه ولا يعد مرتدا برجوعه، وكان الله غنيا عنه، وكان ينبغي عند دخوله في الإسلام أن يوقف على دعائم الإسلام المبني عليها المذكورة أولاً، قال وإن لم يوقف على شرائع الإسلام، فالمشهور من المذهب أنه يشد ويؤدب، فإن تمادى على ارتداده ترك في لعنة الله تعالى ولم يقتل؛ لأن الإسلام قول وعمل، وقاله مالك وابن القاسم وغيرهما، وبه أخذ ابن عبد الحكم وعليه العمل والقضاء، وقال أصبغ في الواضحة: سواء رجع عن إسلامه عن قرب أو بعد ولو طرفة عين إذا تلفظ بالشهادتين ثم رجع قتل بعد استتابة. انتهى. وقد تقدم في كتاب الجهاد من كلام اللخمي أنه إذا أقر بالشهادتين ثم رجع أن حكمه كالمرتد.

وَمِثْلُهُ مَنْ تَوَضَّأَ وَصَلَّى ثُمَّ أَمَّهُمْ ثُمَّ اعْتَذَرَ

أي: ومثل من أسلم، وظاهره دخول الخلاف المتقدم، ويحتمل أن يكون مثله في أصل الحكم وهو قبول عذره مع ظهوره وعدم قبوله مع نفي العذر.

ابن عبد السلام: وهو أظهر ويعزى الخلاف لأشهب، وحكى إسحاق بن راهويه، الإجماع على أن الصلاة دليل على الإسلام، وجعل هذا الإجماع حجة في محل الخلاف وهو كفر تارك الصلاة ويستظهر لهذا الخلاف، ففي الموازية: إذا صحب النصراني قوما وأظهر

الإسلام وتوضأ وصلى وراءه القوم فلما أمن أخبرهم وقال: صنعت ذلك تحصنا بالإسلام لئلا يؤخذ ما معي أو ثيابي، فله ذلك إذا أشبه، قال: وفي البيان: قال مالك: لا يقبل ما أظهر من الصلاة وإن كان في موضع هو فيه آمن على نفسه، ووجهه أنه رأى صلاته بهم مجونا وعبثا، ويجب عليه بذلك الأدب المؤلم، وفي الواضحة لمطرف وابن الماجشون أن ذلك منه إسلام، ولا حجة إن قال: لم أرد به الإسلام، وسواء على قولهما كان في موضع هو فيه آمن على نفسه أو لا، مثل قول أشهب أي في المسألة السابقة، وفَرقٌ لسحنون بين أن يكون في موضع هو فيه آمن فيعرض عليه الإسلام فإن لم يسلم قتل، أو خائف فلا سبيل إليه وهو أظهر الأقوال.

خليل: وعلى هذا فالأظهر بقاء كلام المصنف على ظاهره من التشبيه في ظهور الخلاف ولا يلزم أن يكون القائل واحداً.

ابن عطاء الله: فإن أذن الكافر كان أذانه إسلاما، وإن أذن مسلم ثم ارتد بعد فراغه جرى على الخلاف المتقدم في الردة هل يبطل العمل بمجردها أو حتى يموت عليها. انتهى. فانظر هل يأتي على ما قاله اللخمي دون ما ذكره المتيطي أو عليها.

وَعَلَى قَبُولِ عُذْرِهِ يُعِيدُ مَأْمُومُهُ، وَعَلَى رِدَّةٍ فِي إِعَادَتِهِمْ قَوْلانِ: أَسْلَمَ أَوْ قُتِلَ

على القول بقبول عذره يعيد من صلى خلفه لأنه صلى خلف كافر، وعلى القول بعدم قبول عذره وأن حكمه كالمرتد، فقال مطرف وابن الماجشون: يعيدون أيضاً أبداً، وظاهر كلامه أنه لا فرق بين أن يسلم أو يقتل والقول بعدم إعادته سواء أسلم أو قتل لم أقف عليه، نعم قال صاحب البيان: أنه القياس إذا حكمنا بإسلامه، والظاهر هو الأول لأنا وإن حكمنا بإسلامه فهو غير موثوق به في شروط الصلاة، والصلاة لا بد فيها من نية جازمة، وإسلامه إنما حكم به في الظاهر، وقال سحنون: إن كان في موضع يخاف فيه على

نفسه فلا يقبل ويعيد القوم صلاتهم، وإن كان آمنا فإنه يعرض عليه الإسلام فإن أسلم فصلاتهم تامة، وإن [٧٢٣/ ب] لم يسلم قتل وأعادوا.

وَحُكْمُ الْمُرْتَدِّ إِنْ لَمْ تَظْهَرْ تَوْبَتُهُ الْقَتْلُ

لما في البخاري وغيره عنه عليه الصلاة والسلام: «**من بدل دينه فاقتلوه**»، وقال في المرتد للجنس يشمل الذكر والأنثى خلافاً للحنفية في إخراج الأنثى، ولنا العموم المتقدم.

فرع: فإن كانت متزوجة لم تقبل حتى تستبرأ، قال في الموازية: بحيضة.

فَلِذَلِكَ لا يُقْتَلُ الزِّنْدِيقُ إِذَا جَاءَ تَائِباً وَظَهَرَ مِنْ قَوْلِهِ عَلَى الأَصَحِّ، بِخِلافِ مَنْ ظُهِرَ عَلَيْهِ، قَالَ مَالِكٌ: لأَنَّ تَوْبَتَهُ لا تُعْرَفُ؛ يَعْنِي أَنَّ التَّقِيَّةَ مِنَ الزَّنْدَقَةِ

أي: لأجل أَنَّا لا نقتل المرتد إلا إذا لم يظهر توبته، لأنه إنما قتل على ما أسر، وما أظهره لا يدل على ذلك وهذا هو المعهود، وذهب ابن لبابة إلى استتابته كالمرتد، وأما إذا جاء تائباً فظاهر الحال أن توبته صحيحة لاعترافه قبل أن يطلع عليه، ومقابل الأصح ذكره ابن شاس، فقال: ومن أصحابنا من قال لا تقبل توبته إذا جاء تائباً وصلى قبل الظهور عليه، وقوله: شاذ بعيد عن المذهب.

وَيَجِبُ عَرْضُ التَّوْبَةِ عَلَى مَنْ تُقْبَلُ مِنْهُ، وَفِي وُجُوبِ إِمْهَالِهِ ثَلاثَةَ أَيَّامٍ رِوَايَتَانِ، وَلا يُجَوَّعُ وَلا يُعَطَّشُ وَلا يُعَاقَبُ...

لعله قال قوله: (**مَنْ تُقْبَلُ مِنْهُ**) على الأمر ليشمل كلامه المرتد والزنديق على الشك، وإلا فالمشهور أن التوبة إنما تعرض على المرتد، وظاهر المذهب وجوب إمهاله ثلاثة أيام، ففي الرسالة: ويؤخر للتوبة ثلاثاً، وحكى ابن القصار إجماع الصحابة عليه لتصويبهم قول عمر رضي الله عنه بالاستتابة من غير إنكار، ففي الموطأ لما بلغه أنهم قتلوه من غير استتابة أنه قال رضي الله عنه: أفلا حبستموه ثلاثاً وأطعمتموه كل يوم رغيفاً

واستتبتموه ولعله يتوب، ثم قال عمر: اللهم إني لم أحضر ولم أرضَ إذ بلغني، ويعرض عليه الإسلام كل يوم.

ابن راشد: والنص أنه يمهل، وإنما الخلاف في كونه واجباً أو استحباباً في ذلك روايتان، وعلى هذا فكلام المصنف ليس بظاهر؛ لأنه لا يؤخذ منه الاستحباب، لكن حكى ابن القصار عن مالك ما ظاهره عدم استحباب التأخير ثلاثاً؛ لأنه روي عنه أنه يستتاب فإن تاب وإلا قتل.

قوله: (**وَلا يُجَوَّعُ وَلا يُعَطَّشُ**) نحوه لمالك لكلام عمر رضي الله عنه السابق.

قوله: (**وَلا يُعَاقَبُ**) ظاهره في الثلاثة، وهكذا نقل الباجي عن مالك، ونقل عن أصبغ أنه يخوف أيام استتابته بالضرب ويذكر بالإسلام، ويحتمل أن يريد لا يعاقبه إذا تاب وكذلك ذكره في الجواهر، قاله أشهب عن مالك.

وَالسَّاحِرُ كَالزِّنْدِيقِ حُرّاً أَوْ عَبْداً ذَكَراً أَوْ أُنْثَى، وَقِيلَ: إِنْ كَانَ مُسْتَتِراً بِسِحْرِهِ وُرِّثَ...

حد ابن العربي السحر بأنه كلام مؤلف يعظم به غير الله عز وجل وتنسب إليه المقادير والكائنات، وفي الترمذي عنه عليه الصلاة والسلام: «**حد الساحر ضربة بالسيف**»، وفي الموطأ: «أن حفصة رضي الله عنها أمرت بقتل جارية لها أسحرتها».

ولأنه كفر فيجب قتله، أما أنه كفر فلقوله تعالى: ﴿ **وَمَا يُعَلِّمَانِ مِنْ أَحَدٍ حَتَّىٰ يَقُولَآ إِنَّمَا نَحْنُ فِتْنَةٌ فَلَا تَكْفُرْ** ﴾ [البقرة:١٠٢]، وأما الكافر يقتل لقوله عليه الصلاة والسلام: «**من بدل دينه فاقتلوه**»، ولقوله عليه الصلاة والسلام: «**لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: كفر بعد إيمان، أو زنا بعد إحصان، وقتل نفس بغير نفس**»، ولا يقال هذا الحديث مخصص؛ لأن المسلم يقتل بغير هذا كالحرابة، وإذا كان مخصصا فلا يحتج به؛ لأن الصحيح عند علماء الأصول خلافه، ولهذا قال مالك إن لم تعلم كفر وإن لم يعمل به، وإذا

ثبت أن حده القتل، فقال أصبغ: فلا يقتل حتى يثبت أن ما فعله من السحر الذي وصفه الله تعالى بأنه كفر، قال ويكشف عن ذلك من يعلم حقيقته، وحكاه الطرطوشي عن قدماء الأصحاب. **الباجي**: يريد ويثبت ذلك عند الإمام.

وقوله: (**كَالزِّنْدِيقِ**) أي: فإن ظهر عليه قتل ولم يستتب، وإن جاء تائبا ترك على الأصح، هذا مقتضى التشبيه، ونحوه في الجواهر لأنه قال في الساحر: إذا اطلع عليه فقيل: لا يقبل منه ما يدعيه من التوبة التي لا يعرف صدقه في دعواها إلا أن يأتي تائبا منه قبل أن يطلع عليه، وهو اختيار القاضي أبي محمد، وقال ابن عبد الحكم وأصبغ: وهو كالزنديق إن ظهر سحره، قبلت توبته وإن كان مستتراً به قتل ولم يستتب، فظاهره أن المستسر بسحره لا تقبل منه التوبة باتفاق، وإنما الخلاف إذا ظُهر على سحره كالزنديق، وظاهر ما في الموازية موافق لاختيار القاضي؛ لأن فيها لمالك أن الساحر يقتل ولا يستتاب وأن السحر كفر، وعلى هذا فلا يورث، وقال ابن عبد الحكم وأصبغ يورث إن كان مستسراً بسحره، ولا يريد إذا كان مضمراً له وقتل، وماله لبيت المال وإلى هذا أشار بقوله: وقيل إن كان مستسراً بسحره ورث وفهم منه أنه لا يورث على الأول مطلقاً.

وقوله: (**حُرًّا أَوْ عَبْداً ذَكَراً أَوْ أُنْثَى**) يعني: لا فرق في الساحر بين أن يكون حرًّا أو عبداً، ولا فرق بين أن يكون ذكراً أو أنثى والمعروف من المذهب قتل الساحر، وروى ابن نافع عن [٧٢٤/ أ] مالك في المبسوط في المرأة تقر أنها عقدت زوجها عن نفسها أو غيرها أنها تقتل، قال ولو سحر نفسه لم يقتل بذلك وهذا كله إنما هو فيمن يباشر السحر، وأما من ذهب إلى من يعهد به، ففي الموازية: يؤدب إذا باشر يدا ولا يقتل.

فرع:

وإذا كان الساحر ذميًّا، فقال الباجي عن مالك أنه لا يقتل إلا أن يدخل بسحره ضرراً على المسلمين، فيكون ناقضا للعهد، فيقتل لنقض عهده، ولا تقبل منه توبة غير

الإسلام، وأما إن سحر أهل ملته، فليؤدب إلا أن يقتل أحداً فيقتل به، وقال سحنون في العتبية: في الساحر من أهل الذمة يقتل إلا أن يسلم فليترك، كمن سب النبي صلى الله عليه وسلم.

الباجي: فظاهر قول سحنون أنه يقتل على كل حال إلا أن يسلم، بخلاف قول مالك أنه لا يقتل إلا أن يؤذي مسلماً، ونقل في البيان قولاً بان الذمي إذا تزندق أو سحر يقتل وإن أسلم.

وَوَلَدُ الْمُسْلِمِ الْمُرْتَدِّ يَرْتَدُّ - كَالْمُرْتَدِّ يُجْبَرُ عَلَى الإِسْلامِ

يعني: أن المسلم إذا ارتد وكان له ولد فارتد أيضاً، فإن الولد حكمه كحكم المرتد، لكن لا يقتل إلا أن يبلغ، فقوله: (**الْمُرْتَدِّ**) صفة للوالد، وكلام المصنف يتناول المولود قبل الردة، وقد تكلم في الجواهر على المولود قبلها أو بعدها، فقال: وأما ولد المرتد فلا يلحق به في الردة إذا كان صغيراً، إذ تبعية الولد لأبيه في الدين إنما تكون في دين يقر عليه، فإن قتل الأب على الكفر بقي الولد مسلماً فإن أظهر خلاف الإسلام أجبر على الإسلام، فإن غفل حتى بلغ ففي إجباره على الإسلام خلاف إذا ولد قبل الردة، ثم في كونه بالسيف أو بالسوط خلاف أيضا وإن ولد بعدها أجبر وإن بلغ، وقيل: إن بلغ ترك كمن ارتد، وفهم من قول المصنف: (**يَرْتَدُّ**) أن الولد لو لم يرتد لم يتبع أباه كما صرح به في الجواهر، ومفهوم قوله إلى أن يبلغ، أنه إذا بلغ يقتل، وهو أحد القولين اللذين حكاهما ابن شاس، وحكاهما ابن حبيب عمن كاتب من أصحاب مالك، وذكر في البيان عن ابن القاسم أنه لا يجبر بالقتل مطلقا سواء ولد قبل الردة أو بعدها، وعن ابن كنانة: أنه إن لم يرجع الذي ولد له بعد الردة يقتل، ووقع في نسخة ابن عبد السلام: وولد المسلم المرتد كالمرتد، وجعل المرتد صفة للولد، قال: وهو خلاف ما تكلم عليه في الجواهر، وهذا لأنه لم يقع في نسخة يرتد وهي ثابتة عندنا في النسخ، فليس كلامه خلافاً لابن شاس.

وَلا يُقْتَلُ إِلَى أَنْ يَبْلُغَ وَلا تُؤْكَلُ ذَبِيحَتُهُ وَلا يُصَلَّى عَلَيْهِ

أي: إذا جعلنا حكم المرتد لم تؤكل ذبيحته ولا يصلى عليه، ووقع في بعض النسخ: (فلا تؤكل) بالفاء وهي أحسن لأنها لم تشعر بالعلة.

وَلَوْ غُفِلَ عَنْهُ حَتَّى بَلَغَ اسْتُتِيبَ عَلَى الأَصَحِّ

الظاهر أن هذا مرتب على كلامه السابق فيكون في الولد إذا ارتد لارتداد أبيه وكان قد ولد قبل الردة، وقد تقدم فيه من كلام صاحب الجواهر خلاف، ومقابل الأصح لابن القاسم أيضاً في العتبية فيمن ارتد وله ولد صغار أو أبوا أن يسلموا وقد كبروا، فليجبروا بالضرب ولا يبلغ بهم القتل.

وَأَمَّا مَالُهُ فَيُوقَفُ فَإِنْ تَابَ فَلَهُ عَلَى الأَصَحِّ، وَإِلا كَانَ فَيْئاً

قوله: (**وَإِلا**) أي: وإن لم يثبت بل قتل على ردته فماله فيء بالاتفاق، وأما إن تاب فالأصح مذهب المدونة أنه له، ومقابله أنه أيضاً فيء وتعقبه.

ابن عبد السلام: فإن ظاهره أنه يتفق على الإيقاف، قال: ولا فائدة في إيقافه على القول بأنه لا يرجع إليه.

خليل: والنقل كما قال المصنف، فقد قال ابن شعبان: ومن أصحابنا من يقول إذا وقف مال المرتد بارتداده ثم مات انه لا يرد إليه لأنه شيء وجب لغيره بردته، وكلام ابن شاس ككلام المصنف، وفائدة الإيقاف على هذا القول لما قد يطرأ عليه من دين سابق والتأليف على الإسلام؛ لأنا إذا أوقفنا المال يتوهم هو أنا إنما وقفناه له فيسلم لذلك.

وَمَالُ الْعَبْدِ لِسَيِّدِهِ

أي: إذا قتل؛ لأنه يأخذه بالملك لا بالميراث.

وَحُكْمُ الزَّوْجَةِ تَقَدَّمَ

يعني: في النكاح.

وَأَمَّا جِنَايَتُهُ عَلَى الْحُرِّ الْمُسْلِمِ عَمْداً فَإِنْ لَمْ يَتُبْ لَمْ يُقَمْ عَلَيْهِ إِلاَّ الْفِرْيَةُ وَيُقْتَلُ

لأن القتل يأتي على ذلك كله، وحكى صاحب البيان الاتفاق على ذلك كله، قال في المدونة: إلا القذف وإليه أشار المصنف بالفرية، واستثني لما يلحق المقذوف من الفرية وقيد هذا في الموازية بأن يقذفه في بلاد الإسلام، وأما في دار الحرب فإنه إذا أسر يسقط عنه حد القذف.

وَإِنْ تَابَ قُدِّرَ جَانِياً مُسْلِماً فِي الْقَوَدِ وَالْعَقْلِ، وَقِيلَ: قُدِّرَ جَانِياً مِمَّنِ ارْتَدَّ إِلَيْهِمْ

القولان لابن القاسم بناء على اعتبار النظر في الجناية يوم الحكم ويوم الوقوع، والقياس عند اعتبار يوم الجناية، وزاد في البيان ثالثا: اعتبار العقل يوم الحكم والقود يوم العقل، وقد تقدم في موجبات الجراح هذا المعنى.

وَلَوْ قَتَلَ حُرّاً مُسْلِماً وَهَرَبَ إِلَى بَلَدِ الْحَرْبِ، فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: لا شَيْءَ لَهُمْ مِنْ مَالِهِ، وقَالَ أَشْهَبُ: لَهُمْ - إِنْ عَفَوْا - الدِّيَةُ...

خلافهما مبني على أن الواجب في العمد هل هو القود فقط أو التخيير؛ لأنه قد يعترض على أشهب بأن الخيار إنما هو حيث لا مانع، والقاتل هنا لو حضر كان محبوساً بحكم الارتداد ولم يكن لأولياء [٧٢٤/ ب] الدم معه كلام.

أَمَّا لَوْ جَنَى عَلَى عَبْدٍ أَوْ ذِمِّيٍّ أُخِذَ مِنْ مَالِهِ

هذا قسيم قوله أولا حرا مسلما، وإنما أخذ من ماله لأنه ترتب عليه فلا يسقط عنه، وهذا مذهب ابن القاسم في الموازية وبه أخذ محمد وقاله أصبغ، قال في البيان: وعلى

قياس قول سحنون الذي يرى أنه محجور عليه في ماله بنفس الارتداد، لا يكون ذلك في ماله وإليه ذهب الفضل.

وَلَوْ قَتَلَ حُرّاً مُسْلِماً خَطَأً فَإِنْ لَمْ يَتُبْ فَالدِّيَةُ فِي بَيْتِ الْمَالِ، وَإِنْ تَابَ فَالدِّيَةُ عَلَى تَفْصِيلِهَا كَالْمُسْلِمِ ...

لأنه إذا لم يتب يرثه بيت المال فكذا يعقل عنه، لكن تقييده بالمسلم ليس بظاهر لأنه لو قتل ذميا لكان كذلك نص أصبغ.

قوله: (**وَإِنْ تَابَ فَالدِّيَةُ عَلَى تَفْصِيلِهَا**) يحتمل أن يريد بالتفصيل دية المسلم واليهودي والمجوسي، ويحتمل أن يريد في النفس والجراح ويكون إشارة إلى أن ما دون الثلث في ماله والثلث فما زاد على العاقلة، ولا يقال يرد هذا أن المسألة مفروضة في القتل، ودية الحر المسلم لا تقبل النقص عن الثلث، لأنا نقول يجوز الكلام على أعم من فرض المسألة، لقوله عليه الصلاة والسلام: لما سئل عن ماء البحر «**الطهور ماؤه الحل ميتته**»، وفي البيان يتحصل في دية من قتل المرتد خطأً إذا أسلم ثلاثة أقوال: الأول: أن ذلك على عاقلته، والثاني: أن ذلك على جماعة المسلمين، والثالث: أن ذلك في ماله، وفي المسألة قول رابع، وروى أشهب أن ديته على أهل الدين الذي ارتد إليه.

وَالْجِنَايَةُ عَلَيْهِ تَقَدَّمَتْ

أي: أول الديات في قوله: (**وَفِي الْمُرْتَدِّ ثَلاثَةٌ**).

وَعَقْلُهَا إِنْ لَمْ يَتُبْ لِلْمُسْلِمِينَ، وَإِنْ تَابَ فَلَهُ، وَعَمْدُهَا كَالْخَطَإِ، وَلَوْ كَانَ الْجَانِي عَبْداً أَوْ ذِمِّيّاً ...

عقل الجناية إذا لم يتب للمسلمين كما يرثوا سائرها، وإن تاب فله كمالِهِ وهذا على المشهور في رجوع ماله له إذا تاب، وجرحه عمدا كالخطأ إلا ما ذكرناه من عدم القصاص؛ لأن العاقلة تحمل ذلك وغير ذلك.

وَتُسْقِطُ عَنْهُ مَا تَقَدَّمَ مِنَ الْعِبَادَاتِ حَقًّا للهِ تَعَالَى مِنْ صَلاةٍ وَصِيَامٍ وَزَكَاةٍ وَنَذْرٍ وَيَمِينٍ وَظِهَارٍ كَالْكَافِرِ الأَصْلِيِّ بِخِلافِ حَقِّ الآدَمِيِّ...

يعني: أن الردة تُسقِط ما فرَّط فيه من صلاة وصيام وغير ذلك من حقوق الله تعالى حال الردة أو قبلها، فلذلك إذا تاب لا يؤمر بقضاء ذلك وهو في ذلك كالكافر الأصلي.

وقوله: (**وَظِهَارٍ**) ينجز وأما اليمين بالظهار فسيأتي من كلام المصنف أنه يسقط، وكذلك اختصر ابن أبي زيد المدونة على سقوطها، عياض: واختلف قول ابن القاسم في يمين الظهار عند محمد، قال: وقال بعض شيوخنا وكذلك لفظ الكتاب: لو كان الظهار حنث فيه فوجب عليه الكفارة لا يسقطها ارتداده، وتأول على ذلك مسألة الكتاب بخلاف ما لو كان لزمه مجرد الضمان ولم يحنث فيه فلا يسقطه ارتداده، قال: ومثله في الموازية.

قوله: (**بِخِلافِ حَقِّ الآدَمِيِّ**) فإنه لا يسقطه بل يؤخذ بما كان الناس من قذف أو سرقة أو قتال أو قصاص أو غير ذلك.

وَتُزِيلُ الإِحْصَانَ فَيَأْتَنِفَانِهِ إِذَا أَسْلَمَا

أي: تزيل الردة إحصان الرجل والمرأة فيأتنفانه إذا أسلما، ولذلك إذا زنيا بعد الردة لجواز حد البكر وإن تقدم منهما تزويج صحيح.

وَرِدَّةُ الْمَرْأَةِ تُبْطِلُ إِحْلالَهَا

يعني: إذا طلق الرجل امرأته البتة فتزوجت غيره فحلت للأول، ثم ارتدت لسقط ذلك الإحلال كما يسقط الإحصان. ابن يونس: لأنها بطلت فعلها في نفسها وهو نكاحها الذي أحلها، كما أبطلت نكاحها الذي أحصنها.

بِخِلافِ الْمُحَلِّلِ لأَنَّهُ أَثَرُهُ فِي غَيْرِهِ

أي: بخلاف ارتداد المحلل فإن ردته لا يبطل إحلالها مطلقا (**لأَنَّهُ أَثَرُهُ**) أي: الإحلال في غيره إلى المطلق وهو المرأة.

كَالْيَمِينِ بِاللهِ وَبِالْعِتْقِ وَالظِّهَارِ

هذا تشبيه لأصل المسألة وهو قوله (**وَتُزِيلُ الإِحْصَانَ**)، وكأنه والله أعلم قصد الاستدلال أن ردة المرأة تزيل الإحصان والإحلال كي تبطل اليمين بالله وبالعتق وبالظهار، وهكذا في المدونة وقيده ابن الكاتب بالعتق غير المعين، قال: وأما المعين فقد انعقد في ماله حق لمعين فلا يسقط كالمدبر.

سحنون: ولا تسقط الردة حد الزنى لو يشاء من وجب عليه حد أن يسقطه إلا أسقطه بالردة.

ابن يونس: وظاهر هذا خلاف المدونة، قال: وإنما استحب أنه إن علم منه أنه إنما ارتد ليسقط الحد قاصدا لذلك فإنه لا يسقط عنه ذلك، وإن ارتد لغير ذلك سقط عنه، علي بن زياد عن مالك: وإن ارتدت امرأة تريد بذلك فسخ النكاح لا يكون ذلك طلاقا وتبقى على عصمته.

ابن يونس: وأخذ به بعض شيوخنا، قال: وهو كاشترائها زوجها بقصد فسخ نكاحها.

وَقِيلَ: لا تُزِيلُ الإِحْصَانَ وَلا الإِحْلالَ كَطَلاقِهِ إِذْ لا يَتَزَوَّجُ مَبْتُوتَةً قَبْلَهَا إِلا بَعْدَ زَوْجٍ، وَأُجِيبَ بِأَنَّ أَثَرَهُ فِي غَيْرِهِ، وَلِذَلِكَ لَوِ ارْتَدَّتِ الْمَبْتُوتَةُ مَعَهُ حَلَّتْ...

هذا مقابل قوله أولا: وتزيل الإحصان، وقوله: (**وَرِدَّةُ الْمَرْأَةِ تُبْطِلُ إِحْلالَهَا**) يعني: أن ما تقدم هو المشهور، وقيل: لا تزيلها كما لا تزيل حكم الطلاق الثلاث، وبين ذلك بقوله [٧٢٥/ أ]: (**إِذْ لا يَتَزَوَّجُ مَبْتُوتَةً قَبْلَ الرِّدَّةِ إِلا بَعْدَ زَوْجٍ**)، وأجيب عن هذا القياس بأن أثر الطلاق في الزوجة وهي غير المطلق كالإحصان والإحلال لأنهما قائمان بها خلاف

أثر الطلاق فإنه قائم بالزوجة، ولأجل أن أثر الطلاق فيها لو ارتدت المبتوتة ومطلقها معا ثم رجعا إلى الإسلام لحلت لمطلقها، لأن أثر الطلاق قد بطل بالردة، وما ذكره من عدم إزالة أثر الطلاق الثلاث.

عياض: ذهب أكثرهم إلى حمل قول ابن القاسم عليه وذهب ابن زرب إلى أن مذهب ابن القاسم أن الردة تسقط الثلاث، ويجوز للمطلق ثلاثا قبل ارتداده تزويجها دون زوج، وحكى إسماعيل عن ابن القاسم نحوه.

أبوعمران: وهو الأشهر عنه، وحكى الدمياطي عنه خلافه.

وَتَبْطُلُ وَصَايَاهُ قَبْلَ الرِّدَّةِ وَبَعْدَهَا

هكذا قال في النكاح الثالث من المدونة، وقال في أمهات الأولاد: وإن قتل على ردته عتقت أم ولده من رأس ماله وعتق مدبره في الثلث وسقطت وصاياه، ابن يونس: وعلى قول أشهب لا تبطل وصاياه إذا رجع إلى الإسلام إلا أن يرجع عنها، أصبغ: وإن ارتد سقطت وصاياه فإن رجع إلى الإسلام ثم مات فإن كانت هذه الوصايا مكتوبة جازت وإلا لم يجز، ووقع في بعض النسخ زيادة: (يعتق بعد موته قبل الردة وبعدها)، وليس للتقييد بالعتق معنى.

وَيَجِبُ عَلَيْهِ الْحَجُّ وَإِنْ تَقَدَّمَ

لأنه لما ارتد حبط عمله وهذا هو المشهور لقوله تعالى: ﴿ لَئِنْ أَشْرَكْتَ لَيَحْبَطَنَّ عَمَلُكَ ﴾ [الزمر:٦٥] وقيل: لا تجب عليه إن كان قد حج بناء على أن الردة إنما تبطل العمل بشرط الوفاة على الكفر، لقوله تعالى: ﴿ وَمَن يَرْتَدِدْ مِنكُمْ عَن دِينِهِۦ فَيَمُتْ وَهُوَ كَافِرٌ فَأُولَٰٓئِكَ حَبِطَتْ أَعْمَٰلُهُمْ فِى ٱلدُّنْيَا وَٱلْءَاخِرَةِ ۖ وَأُولَٰٓئِكَ أَصْحَٰبُ ٱلنَّارِ ۖ هُمْ فِيهَا خَٰلِدُونَ ﴾ [البقرة:٢١٧] والأول أظهر لأن هذه الآية رتبت شيئان على شيئين، والإحباط مرتب على

الردة، والخلود مرتب على الموت على الكفر، وأيضاً فإن قوله تعالى: ﴿ لَئِنْ أَشْرَكْتَ لَيَحْبَطَنَّ عَمَلُكَ ﴾ [الزمر:٣٥] نص على البطلان لمجرد الردة، والآية الأخرى نص في الإحباط بالموت على الكفر، وهي إنما تنعي الإحباط بمجرد الردة بطريق المفهوم، والمفهوم إنما يعمل به إذا لم يعارضه ما هو أقوى منه.

وَمَنِ انْتَقَلَ مِنْ كُفْرٍ إِلَى كُفْرٍ أُقِرَّ عَلَيْهِ

هو المشهور وروي أنه يقتل لخروجه عن العهد الذي عقد إلا أن يسلم، وذكر صاحب البيان في الذمي يتزندق ثلاثة أقوال: **الأول**: أنه يترك، **الثاني**: يقتل، **الثالث**: يقتل إلا أن يسلم.

وَيُحْكَمُ بِإِسْلامِ الْمُمَيِّزِ عَلَى الأَصَحِّ

تكلم على إسلامه وليس من باب الردة ليرتب على ذلك ردته، ولما كان الإسلام تارة يكون بالاستقلال وتارة يكون بالتبعية، تكلم أولاً بالاستقلال والأصح، ذكر ابن شاس في اللقيط أنه ظاهر المذهب، وذكر في البيان في باب الجنائز أنه مشهور وقول ابن القاسم؛ لأن المعرفة بالله تعالى تصح من المميز، ومقابل الأصح لابن القاسم أيضاً وسحنون أنه لا يحكم له بحكم الإسلام وإن عقله وأجاب إليه ما لم يبلغ.

وَيُجْبَرُ إِنْ رَجَعَ

هذا مفرع على الأصح؛ أي: إذا حكمنا بإسلامه.

وَيُحْكَمُ بِإِسْلامِهِ تَبَعاً كَغَيْرِ الْمُمَيِّزِ وَكَالْمَجْنُونِ لِإِسْلامِ الأَبِ دُونَ الأُمِّ، وَقِيلَ: وَالأُمُّ، وَقِيلَ: إِلا أَنْ يَكُونَ مُرَاهِقاً كَاثْنَتَيْ عَشْرَةَ سَنَةً فَيُتْرَكُ...

يعني: أن الأب إذا أسلم حكم بإسلام ولده مميزاً كان أو غيره تبعاً له، وكذلك يحكم على ولي المجنون بالتبعية، والظاهر أن مراده بالمجنون البالغ، وتقييد ابن عبد السلام له بأن

يكون قبل البلوغ ليس بظاهر؛ لأنه يلزم منه التكرار؛ إذ هو صبي غير مميز ولا تبعية للأم، وقال ابن وهب: يتبع من كان من الأبوين أحسن دينا وإليه أشار بقوله: والأم فالواو بمعنى أو. **ابن عبد السلام**: وقيل الأم كالردة.

وقوله: (**إِلا أَنْ يَكُونَ مُرَاهِقاً**) هو استثناء من قوله: (**وَيُحْكَمُ بِإِسْلامِهِ**) تبعاً أو أدبه، قول مالك: ومن أسلم وله ولد مراهق من أبناء ثلاثة عشر عاما وشبه ذلك، ثم مات الأب وقف ماله إلى بلوغ الولد، فإن أسلم ورث وإلا لم يرث وكان المال للمسلمين، ولو أسلم الولد قبل احتلامه لم يتعجل أخذ ذلك حتى يحتلم لأن ذلك ليس بإسلام، ألا ترى أنه لو أسلم ثم رجع إلى النصرانية أكره على الإسلام ولم يقتل، ولو قال الولد لا أسلم إذا بلغت لم ينظر إلى ذلك، ولا بد من إيقاف المال إلى احتلامه. انتهى.

خليل: انظر قوله في المدونة: ولو أسلم الولد قبل احتلامه لم يتعجل... إلخ. خلافُ ما صححه المصنف من الحكم بإسلام المميز، لكن قد أخذ غير واحد القولين من المدونة، وعلى الحكم بإسلامه له الميراث لأنه لو رجع إلى النصرانية أجبر بالضرب حتى يسلم أو يموت.

وَلِذَلِكَ يُوقَفُ مِيرَاثُهُ مِنْهُ، وَلَوْ أَسْلَمَ حَتَّى يَبْلُغَ لأَنَّهُ لَوْ رَجَعَ لَمْ يُقْتَلْ

قد تقدم هذا في نص المدونة.

وَلَوْ أَقَرَّ بَعْدَ إِسْلامِهِ حَتَّى رَاهَقَ فَقَوْلانِ

هما في المدونة ونصها: ومن أسلم وله ولد صغار فأخرهم حتى بلغوا اثنتي عشرة سنة وشبه ذلك فأبوا الإسلام فلا يجبرون وهو مسلمون، وهو أكثر مذاهب المدنيين.

وَتَبَعاً لِلسَّابِي الْمُسْلِمِ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ أَبُوهُ

نحوه في الجواهر وهو خلاف المدونة لقوله: ومن اشترى صغيراً من العدو أو وقع في سهمه من المغنم فمات صغيراً لم يُصلَّ عليه، وإن نوى به سيده الإصلاح إلا أن يجيب

إلى الإسلام بأمر يعرف أنه عقله، وهذا إذا كان كبيراً [٧٢٥/ ب] يعرف ما أجاب إليه، وفي البيان في باب المرتدين: وأما إن سُبِيَ وقد عقل دينه فلا أذكر نص خلافه أنه لا يجبر، قال: ويدخل فيه الاختلاف بالمعنى على بعد وهو لا يعتبر بكونه ممن يعقل دينهم، على قياس القول بأنه لو أسلم حينئذٍ لم يعتبر إسلامهم، فيكون لسيده أن يجبره على الإسلام، وحصل فيه إذا لم يعقل ستة أقوال: **الأول**: أن يجبر مطلقاً، **الثاني**: لا يجبر مطلقاً، **الثالث**: أنه يخير إن لم يسب معه أحد أبويه، **الرابع**: إذا لم يكن معه في ملك واحد، **الخامس**: يجبر إن لم يُسْبَ معه أبوه ولا يلتفت إلى أمه، **السادس**: أن يسب معه أبوه إذا لم يكن معه في ملك واحد.

وَتَبَعاً لِلدَّارِ فَيُحْكَمُ بِإِسْلامِ اللَّقِيطِ كَمَا تَقَدَّمَ

أي: في باب اللقيط وحاصل كلام المصنف للتبعية ثلاثة أسباب: إسلام الأب وإسلام السَّابِي وإسلام الراد.

الزِّنَى: وَهُوَ أَنْ يَطَأَ فَرْجَ آدَمِيٍّ لا مِلْكَ لَهُ فِيهِ بِاتِّفَاقٍ مُتَعَمِّداً

الزنى مقصور عند أهل الحجاز، قال الله العظيم: ﴿ وَلَا تَقْرَبُوا۟ ٱلزِّنَىٰٓ ﴾ [الإسراء: ٣٢] ونقل الجوهري عن أهل الحجاز أنهم يمدونه.

عياض: فمن ذهب إلى أنه من فعل اثنين كالمقابلة، ومن قصره جعله اسم الشيء نفسه، ولا خفاء في تحريمه كتاباً وسنة وإجماعاً بل في كل ملة.

وعرفه المصنف بقوله: (**وَهُوَ أَنْ يَطَأَ... إلخ**)، فـ(**أَنْ يَطَأَ**) كالجنس، واحترز بالفرج من الوطء في الفخذين ونحو ذلك، وبالآدميين من البهيمة كما سيأتي، وسيتكلم المصنف على ما احترز عنه بالتفصيل، وأورد أن قوله: (**أَنْ يَطَأَ**) لا يصدق إلا على الرجل فلا يناول الزانية، وأجيب بأن (الوطء) مصدر لا يمكن وقوعه إلا بين اثنين فذكر إحداهما

مستلزم للآخر، وأورد أنه غير مانع لأنه لا يدخل تحته شيء من أفراد المحدود؛ إذ قوله: **(آدمِيٍّ)** حقيقة في الذكر وذلك إنما يسمى لواطاً، وأجيب بأن المراد بالآدمي الجنس، والزنى يعم اللواط وغيره، ولا يمتنع أن يكون لبعض أنواع الماهية اسم يخصه، وأورد أيضاً أنه لا يناول ما إذا وطء الإنسان مملوكه الذكر؛ لأنه لا يصدق عليه قوله: **(لا مِلْكَ لَهُ)**؛ لأن له فيه ملكاً، وأجيب بأن الملك السليط الشرعي أو شبهه، ولأن قوله **(فِيهِ)** عائد على الفرج، وفرج الذكر لا ملك له فيه باعتبار هذا الفعل، وأورد أيضاً أنه غير مانع لدخول وطء الأب جارية ابنه؛ إذ لا ملك للأب فيها، وأجيب بالمنع لأن الملك كما ذكرناه هو التسليط أو شبهه، والأب له شبهة الملك ولذلك لا يحد.

فَيَتَنَاوَلُ اللِّوَاطَ وَإِتْيَانَ الأَجْنَبِيَّةِ فِي دُبُرِهَا، وَفِي كَوْنِهِ زِنًى أَوْ لِوَاطاً قَوْلانِ

أي: فيتناول التعريف اللواط وإتيان الأجنبية في دبرها؛ لأنه وطء فرج آدمي، ويكون إتيان الأجنبية في دبرها زنى فيجلد البكر ويرجم المحصن، وهو مذهب المدونة والموازية والواضحة، أو لواطاً فيرجمان وهو قول ابن القصار، ومنشأ الخلاف النظر إلى كونه فرج امرأة أو إلى كونه دبراً.

وَلا يَتَنَاوَلُ الْمُسَاحَقَةَ، قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: ذَلِكَ إِلَى اجْتِهَادِ الإِمَامِ، وَقَالَ أَشْهَبُ: خَمْسِينَ خَمْسِينَ...

لأن اللواط عبارة عن إيلاج ولا إيلاج هنا، واختلف في حكمه، والأظهر قول ابن القاسم أن ذلك موكول إلى اجتهاد الإمام لعدم الدليل على التحديد، ووجه قول أصبغ - والله أعلم- أنه فعل كملت به لذتها فكان في معنى الزنى الحقيقي، وهو بالنسبة إليها سواء إليها بقيمة المائة بينهما.

وَيَتَنَاوَلُ إِتْيَانَ الْمَيْتَةِ فَيُحَدُّ وَاطِئُهَا

ابن عبد السلام: لانطباق رسم الزنى عليه، وقال ابن شعبان: لا حد عليه يريد وعليه الأدب إذ لا يحصل به من اللذة كما يحصل بالحية، وهذا إنما هو في الأجنبي، وأما الزوج ففي التنبيهات: الأكثرون من محققي أصحابنا: لا يحد الزوج لتقدم الإباحة فكان ذلك شبهة.

وَالصَّغِيرَةِ يُوطَأُ مِثْلُهَا

أي: ويتناول التعريف واطئ الصغيرة التي يوطأ مثلها، وقيدها بأن يوطأ مثلها كما في المدونة.

اللخمي: يريد إن عبث بصغيرة لا يوطأ مثلها لا يحد، وفي مدونة أشهب مثل ذلك: أنه لا يحد إذا زنى بصغيرة لا يجامع مثلها.

ابن عبد الحكم: لا يكون محصناً حتى يزوج من يطيق الوطء، وإن كان مثلها ممن يطيق الوطء فعليه الرجم، وقال ابن القاسم: يحد وإن كانت بنت خمس سنين.

بِخِلافِ الْمُرَاهِقِ وَالْمَجْنُونَةِ وَالْمَجْنُونِ فَيُحَدُّ الْمُكَلَّفُ مِنْهُمَا

ظاهره أن التعريف لا يتناولهم وفيه نظر؛ لأنه يصدق على المراهق والمجنون أنهما وطئا فرج آدمي، لكن هذا الكلام يبين أن فاعل يطأ بالتعريف عائد على (**الْمُكَلَّفُ**)، ما ذكره من عدم المراهق هو المشهور.

ابن عبد السلام: وضمير (**مِنْهُمَا**) راجع إلى كل اثنين تقدم ذكرهما كالكبير مع الصغيرة والعكس والمجنون مع العاقلة والعكس.

خليل: وفيه نظر؛ لأن قوله الصغيرة يطأها الكبير وعكسها ليس بظاهر، لأنه يلزم على كلامه إذا وطء الكبيرة صغير أن الكبيرة تحد وليس كذلك، بل ضمير **(مِنْهُمَا)** عائد على المجنون والمجنونة؛ أي: يحد المكلف إذا وطء مجنونة والمكلفة إذا مكنت من نفسها مجنوناً.

وَلا يَتَنَاوَلُ الْبَهِيمَةَ، فَلا يُحَدُّ عَلَى الأَصَحِّ وَيُعَزَّرُ، وَالْبَهِيمَةُ كَغَيْرِهَا فِي الذَّبْحِ وَالأَكْلِ بِاتِّفَاقٍ.

لأنه لا يصدق عليه أنه وطء فرج آدمي ولا شك في تعزيره، ومقابل الأصح في كتاب ابن شعبان، ورأى [٧٢٦/ أ] أنه أتى فرج مشتهى، وفي الترمذي أنه عليه الصلاة والسلام قال: «**من أتى بهيمة فلا حد عليه**» وهو أصح من الحديث الأول، والعمل على هذا عند أهل العلم، وأشار بالحديث الأول إلى ما رواه ابن عباس رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم قال: «**من وجدتموه وقع على بهيمة فاقتلوه واقتلوا البهيمة**»، فقيل لابن عباس ما شأن البهيمة؟ قال: ما سمعت من رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك شيئا ولكن أرى رسول الله صلى الله عليه وسلم كره أن يؤكل من لحمها أو ينتفع بها، فالاتفاق الذي حكاه المصنف على أن البهيمة كغيرها في الذبح والأكل نقله الطرطوشي.

"لا مِلْكَ لَهُ فِيهِ" يُخْرِجُ الْحَلالَ وَالْحَائِضَ وَالْمُحْرِمَةَ وَالصَّائِمَةَ وَالْمَمْلُوكَةَ الْمُحَرَّمَةَ بِنَسَبٍ لا يُعْتِقُ، أَوْ صِهْرٍ، أَوْ رَضَاعٍ، أَوْ شِرْكَةٍ، أَوْ عِدَّةٍ، أَوْ تَزْوِيجٍ ...

لما تكلم على قوله في التعريف: **(أَنْ يَطَأَ فَرْجَ آدَمِيٍّ)** أتبعه بالكلام على قوله: **(لا مِلْكَ لَهُ فِيهِ)**، وذكر أنه يخرج بهذا من وطؤها له حلال من زوجة أو أمة، ولكن عارض فيها عارض كالحيض والإحرام والصيام، ويخرج أيضاً من وطئ مملوكته المحرمة عليه وذلك التحريم إما لنسب لا يعتق كالخالة والعمة، وإما بصهر أو رضاع أو شركة فإنه لا حد عليه في ذلك كله ولو كان عالماً بالتحريم، نعم يؤدب وإن حملت وهي محرمة

عليه عتقت عليه، ومن سماع عيسى: لا تعتق عليه وتستخدم بالمعروف، أما إن لم تحمل وروي عن ابن القاسم، أنها تباع خوفاً أن يعاود.

قوله: (**لا يُعْتِقُ**)، وهو بضم الياء وكسر التاء في محل صفة لنسب، واحترز من النسب الذي يوجب العتق فإن فيه الحد كما سيأتي، ورأى ابن راشد: أن قوله: (**لا يُعْتِقُ**) كالصفة التأكيدية ولو حد فيها لاستغنى عنها؛ لأن البنت مثلا تعتق بنفس الملك، ولا يصدق على واطئها أنه وطء مملوكة، وقد يجاب عنه بأنه إنما يمتنع من دوام الملك لأنه أصله بدليل ثبوت أولاً، لأنها لا تعتق عليه إلا بالحكم على أحد القولين، وسيأتي.

وقوله: (**بِعِدَّةٍ**) أي: ملكها وهي في عدة من زوج.

وقوله: (**أَوْ تَزْوِيجٍ**) يعني: إذا تزوج أمته حرمت عليه؛ لأنه إن وطئها لم يحد.

وَالْمُتَزَوَّجَ بِهَا هُوَ فِي عِدَّتِهَا عَلَى الأَصَحِّ

أي: ويخرج فرج المرأة التي تزوجها، فحذف الموصوف وأبرز الضمير لجريان الصفة على غير من هي له؛ لأنها أجريت على المرأة وهي في المعنى الرجل للرجل والأصح هو المشهور: لا حد على من تزوج معتدة ويلحق به الولد، ومقابل المشهور رواية وجوب الحد ونفي الولد ورآه زنى، وناقض اللخمي المشهور هنا بأن المذهب حد متزوج الخامسة وكل منهما محرمة في وقت دون وقت وربما قيل: إن تحريم المعتدة أشد؛ لأن تمنعها من نكاح كل أحد وتحريم الخامسة مقصور على من في عصمته أربع، وأجيب بأن نكاح المعتدة ينشر التحريم، فلا تحل لآبائه ولا لأبنائه لشبهة النكاح بخلاف المطلقة ثلاثاً والخامسة لا ينشر فيها تحريم.

خليل: وفيه نظر؛ لأن نشر التحريم مبني على ثبوت الشبهة المسلطة للحد فلا يحسن التفريق بذلك.

أَوْ عَلَى أُمِّهَا قَبْلَ الدُّخُولِ أَوْ أُخْتِهَا أَوْ عَمَّتِهَا أَوْ خَالَتِهَا

هذا أيضاً معطوف؛ **يعني**: ويتزوج التي تزوجها على أمها قبل الدخول بالأم، وأما لو دخل بالأم فإنه يحد، وكذلك أيضا يخرج ما إذا تزوج المرأة على أختها أو عمتها أو خالتها، وما ذكره في الأخت إن أراد به الأخت من الرضاع فصحيح، لكن المتبادر إلى الذهن خلافه، وإن أراد به من النسب فهو مذهب أصبغ وخلاف ما في الموازية وما نقله صاحب النكت عن بعض شيوخه، قال في النكاح الثالث: تحريم الأختين من الرضاع بالسنة وتحريمها بالنسب بالقرآن، قال: وأما في تزويجه المرأة على عمتها أو على خالتها فلا يحد؛ لأنه تحريم بالسنة، وهذا أصل كل ما كان من تحريم السنة فلا حد فيه، وما كان محرماً بالكتاب ففيه الحد إذا لم يعذر بجهل. انتهى، وذهب التونسي إلى ما ذكره المصنف، فقال: لا فرق عندنا بين تزويج أخت على أخت سواء كانت الأخت بالنسب أو الرضاع؛ لأن الآية قد عمت تحريم الأخت بالنسب والرضاع.

وَيُخْرِجُ الأَمَةَ يُحَلِّلُهَا سَيِّدُهَا وَتُقَوَّمُ عَلَيْهِ وَإِنْ أَبَيَا

ويخرج قولنا في التعريف: (**لا مِلْكَ لَهُ فِيهِ**) الأمة المحللة فلا يحد واطئها؛ لأن له شبهة ملك بالتحليل عالماً كان أو جاهلاً، وهذا هو المشهور مراعاة لقول عطاء فإنه التحليل ابتداء، وقال الأبهري: إن كان عالماً حد ولا يلحق به الولد لأن وطئه من ليست له زوجة ولا ملك يمين ولا هو جاهل بتحريم الوطء.

وقوله: (**وَتُقَوَّمُ عَلَيْهِ وَإِنْ أَبَيَا**) ليس هذا من هذا الباب ولكن ذكره تكميلاً للفائدة، وإنما قومت لتتم له الشبهة، ويعذر لأنه إنما وطئ بملكه، زاد في القذف من المدونة: وتلزم قيمتها حملت أو لم تحمل وليس لربها التمسك بها بعد الوطء.

أبوعمران: ويعد القيمة عليها لأنه لا يصدق مع القيمة أنه لم يطأ، قال في المدونة: بخلاف الشريك.

ابن يونس: لأن وطء الشريك وطء عدوان وهذا قد أذن له، فإذا تماسك بها صح ما قصداه من عارية الفروج، وقيل: وحكم الذي ينكح ابنته رجلاً [٧٢٦/ ب] ويدخل عليها أمته على أنها ابنته حكم من أجل جارية لرجل في جميع وجوهها، بخلاف من تزوج أمته رجلاً وقال: هي ابنتي فالولد حر وعليه قيمته يوم الحكم.

بِخِلافِ تَزْوِيجِهَا عَلَى أُمِّهَا بَعْدَ الدُّخُولِ، أَوِ الْبِنْتِ مُطْلَقاً

هذا مقابل قوله: (**أَوْ عَلَى أُمِّهَا قَبْلَ الدُّخُولِ**) **يعني**: وأما لو تزوج البنت بعد الدخول بالأم فإنه يحبر، وكذلك لو تزوج الأم على البنت سواء دخل بالبنت أو لا، وهو معنى قوله: (**مُطْلَقاً**)؛ لأن العقد على البنت يحرم الأم، وما ذكره من الإطلاق، فهو ظاهر المدونة في النكاح الثالث لأنه نص على الحد وأطلق، وفصل اللخمي في باب القذف فقال: وكذلك إن تزوج أم امرأته فإن كان دخل بالأمة حد، وإن لم يدخل بها لم يحد، لاختلاف الناس في عقد الابنة هل يحرم أم لا؟

بِخِلافِ الْمُسْتَأْجَرَةِ لِلْوَطْءِ أَوْ غَيْرِهِ فَإِنَّهُ يُحَدُّ

يعني: ولا يكون عقد الإجارة شبهة.

وقوله: (**أَوْ لِغَيْرِهِ**) أي: لو استؤجرت لخدمة وشبهها والأمة المودعة، والرهن عندنا كالمستأجرة.

وَفِي ذَاتِ نَصِيبِهِ مِنَ الْمَغْنَمِ قَوْلانِ

المشهور وجوب الحد، والشاذ لعبد الملك سقوطه؛ لأن له فيها نصيباً، وقيد ابن يونس هذا الخلاف بالجيش العظيم، وأما السرية فلا يحد واطئها اتفاقاً، وكهذه المسألة سرقته من المغنم، والمشهور القطع خلافا لعبد الملك في أنه لا يقطع إلا أن يسرق فوق نصيبه بربع دينار.

وَفِي الْحَرْبِيَّةِ قَوْلانِ

قيد اللخمي الخلاف بما إذا زنى بها في دار الحرب لأنه قال: وإذا زنا مسلم بحربية في أرض الإسلام حد، واختلف إذا زنا بها في دار الحرب فقال ابن القاسم: يحد، وقال عبد الملك في الموازية: لا حد عليه، وهو أقيس لأن له أن يأخذ الرقبة ويتملكها، فإذا لم يقدر إلا على المنافع فله أخذها. انتهى. قال بعضهم: ولا خلاف أنه لو خرج بها إلى أرض الإسلام ووطئها في سقوط الحد، وهو ظاهر لأنه حينئذ ملكها، وعلى هذا فيكون معنى كلام اللخمي: إذا وطئها في أرض الإسلام حد، معناه إذا دخلت بنفسها.

وَفِي الْمُكْرَهِ ثَالِثُهَا: إِنِ انْتَشَرَ حُدَّ، بِخِلافِ الْمُكْرَهَةِ فَإِنَّهَا لا تُحَدُّ

ذكر عياض أن على القول بحده أكثر أهل المذهب، وأن على القول بسقوطه المحققون كاللخمي وابن رشد وابن العربي؛ لأنه وإن انتشر فذلك أمر تقتضيه الطبيعة، والقول الثاني لابن القصار.

وقوله: (**بِخِلافِ الْمُكْرَهَةِ**) يعني: فإنها لا تحد اتفاقاً.

وَأَمَّا لَوْ وَطِئَ بِالْمِلْكِ مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ، أَوْ نَكَحَ الْمُحَرَّمَةَ بِنَسَبٍ أَوْ رَضَاعٍ أَوْ صِهْرٍ مُؤَبَّدٍ وَوَطِئَهَا، أَوْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلاثاً ثُمَّ وَطِئَهَا فِي الْعِدَّةِ ثُمَّ تَزَوَّجَهَا قَبْلَ زَوْجٍ وَوَطِئَهَا، أَوْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الْبِنَاءِ وَاحِدَةً ثُمَّ وَطِئَهَا بِغَيْرِ تَزْوِيجٍ أَوْ أَعْتَقَ أَمَةً ثُمَّ وَطِئَهَا فَإِنَّهُ يُحَدُّ...

قوله: (**فَإِنَّهُ يُحَدُّ**) هو جواب (**أَمَّا**) يعني: لو ملك من يعتق عليه وهم الآباء وإن علوا والأبناء وإن سفلوا أو الإخوة والأخوات ووطئها بحد إذا أتى ذلك عالما.

اللخمي: يريد وهو من أهل الاجتهاد ورأيه أنها حرة بنفس الشراء، وإن كان رأيه ألا تعتق، أو كان مقلداً لمن يرى العتق لم يحد.

محمد: ولو وطئ المرأة من تملكه هي حدت، واستشكل شيخنا وجوب الحد هنا وقال: ينبغي سقوطه للاختلاف الذي عندنا في أن العتق إنما يكون بالحكم.

وقوله: **(أَوْ نَكَحَ الْمُحَرَّمَةَ بِنَسَبٍ... إلخ)** كما لو نكح أخته من النسب، قال في المدونة: إذا كان عالماً بالتحريم كذلك قيده في المحرمة بالرضاع.

وقوله: **(أَوْ صِهْرٍ مُؤَبَّدٍ)** كما لو نكح البنت بعد الدخول بالأم.

ابن عبد السلام: وليس لوصف تحريم الصهر بالتأبيد كبير فائدة، فإن تحريم الصهر لا يكون إلا مؤبداً، فإن قيل: قد تقدم أن بنت الزوجة غير المدخول بها غير محرمة، قيل: هذا صحيح إذا لم يقع تحريم إلى الأب، والكلام إنما هو إذا حصل التحريم. انتهى بمعناه، وقد يقال أنا لا نسلم أن التحريم لا يحصل بالعقد على الأم لأنه لا يجوز له حال عقده على الأم نكاح البنت، نعم التأبيد لم يحصل. وقوله: (وَوَطِئَهَا) زيادة بيان.

وقوله: **(أَوْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ثَلاثاً)** ظاهره سواء كان بلفظة البتة أو الثلاث، وسواء كانت الثلاثة مجتمعات أو مفترقات وهو ظاهر المدونة، وقال أصبغ في البتة: لا يحد عالماً كان أو جاهلاً لقوة الخلاف في البتة هل هي واحدة أم لا، وقال في المطلقة ثلاثاً مثل ما في المدونة، إلا أنه قال في الجاهل أنه لا يحد استحساناً، وتأوله صاحب تهذيب الطالب.

قوله في الثلاث على أنها مفترقات أو مجتمعات أضعف قول من قال بإلزامه الواحدة بالثلاث، وهذه المسائل كلها مقيدة بما إذا كان عالماً بالتحريم، وأما الجاهل بالحكم فلا كما سيأتي من كلام المصنف.

وَكَذَلِكَ الْخَامِسَةُ عَلَى الأَشْهَرِ

أي: يحد فيها والأشهر مذهب المدونة بشرط أن يكون عالماً بالتحريم، ومقابل الأشهر لم أره منصوصاً وهو ضعيف لشهرة التحريم الثابت بالكتاب.

"بِاتِّفَاقٍ" يُخْرِجُ النِّكَاحَ بِغَيْرِ وَلِيٍّ أَوْ بِغَيْرِ شُهُودٍ، وَمِثْلُهُ الْمُتْعَةُ عَلَى الأَصَحِّ

أي: قولنا في التعريف (**بِاتِّفَاقٍ**) يخرج النكاح بلا ولي فلا حد فيه؛ لأن أبا حنيفة يجيزه، وبهذا يعلم أن مراده بالاتفاق، العلماء، لا اتفاق [٧٢٧/ أ] المذهب.

وقوله: (**أَوْ بِغَيْرِ شُهُودٍ**) يعني: إذا دخل فيه ولم يشهد؛ لأن العقد عندنا صحيح، (**وَمِثْلُهُ**) أي: في سقوط الحد، والأصح مذهب المدونة وغيرها، قال في المدونة: ويعاقب، قال في الواضحة: والعالم أعظم عقوبة من الجاهل ومقابله لابن نافع، ولعل منشأ الخلاف في المحرم بالسنة.

ابن عبد السلام: وهذا الخلاف - إنها وجد الولي والشهود والصداق على نحو ما ذكر - معتبر في غير نكاح المتعة، هكذا قال بعض كبار الشيوخ.

"مُتَعَمِّداً" يُخْرِجُ الْمَعْذُورَ بِجَهْلِ الْعَيْنِ مُطْلَقاً أَوْ بِجَهْلِ الْحُكْمِ فِي مِثْلِ مَا ذَكَرَ إِذَا كَانَ يُظَنُّ بِهِ ذَلِكَ...

يعني: وقولنا في التعريف: (**مُتَعَمِّداً**) يخرج المعذور بجهل العين؛ أي: ظن أنها زوجته أو أمته، (**مُطْلَقاً**) أي: سواء كانت من المحرمات المذكورة فيما تقدم أو من غيرها، وهذا إذا قدم معتقداً لذلك.

ابن عبد السلام: وأما إن قدم عليها وهو شاك ثم تبين له بعد الفراغ أنها أجنبية، فظاهر كلامهم وإن لم يكن صريحا سقوط الحد، ولعل مراد المؤلف مفهوم مطلقاً انتهى.

وقوله: (**فِيمَا ذَكَرَ**) أي: في الصور المتقدمة، يعني أن ما ذكرنا من وجوب الحد إنما ذلك إذا كان عالماً بالتحريم، وأما إذا جهل التحريم فلا حد ويقبل قوله بشرط أن يظن به ذلك الجهل كما قاله أصبغ بعد أن ذكر كثيراً من مسائل هذا الفصل إذا كان مثل الأعمى وشبهه.

فَلَوْ كَانَ زِنًى وَاضِحاً، فَفِي قَبُولِ عُذْرِهِ قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وَأَصْبَغَ

لو قال في نفي عذره لكان أحسن؛ لأن الذي نقله اللخمي عن ابن القاسم وغيره وجوب الحد، وعن أصبغ ثبوته لأنه قال: واختلف إذا كان أعجمياً أو حديث عهد بالإسلام ولا يعرف تحريم الزنى، فقال في الكتاب: يحد، وقال أصبغ: لا يحد، والأول أشهر والثاني أقيس؛ لأن الحدود إنما تقام على من قصد مخالفة النهي، وقد اختلف فيمن أسلم بدار الحرب ثم خرج إلى أرض الإسلام، فقال سحنون: لا قضاء في ما ترك من الصلاة قبل خروجه إذا كان غير عالم بفرض الصلاة، وإذا سقط عند الخطاب بالصلاة سقط عند الخطاب بموجب الزنى انتهى، ورأى ابن القاسم أن الزنى اشتهر تحريمه في جميع الأديان فلا يعذر بجهل التحريم.

وَيُخْرِجُ الْمَبِيعَةَ فِي الْغَلاَءِ تُقِرُّ بِالرِّقِّ عَلَى الأَصَحِّ

أي: ويخرج قيد التعمد الحرة المبيعة في الغلاء في حال كونها مقرة بالرق؛ لأنها معذورة بالجوع، وهذا قول مالك رواه ابن القاسم فيمن باع زوجته للغلاء وبه قال ابن القاسم، ومقابل الأصح لأصبغ ولا تعذر بجوع وغيره.

أصبغ: وقد بانت من الزوج بثلاث وطئها المشتري أم لا، وقال أصبغ: لا يكون طلاقاً ولكن إن طاوعته على البيع وأقرت أن مشتريها أصابها طائعة رجمت، وإن قالت: استكرهت فلا حد عليها، والخلاف هنا كالخلاف في حد السارق إذا سرق لجوع.

ابن عبد السلام: وذكر هذا الفرع في الإكراه أحسن.

وَيَثْبُتُ الزِّنَى بِالإِقْرَارِ وَلَوْ مَرَّةً وَبِالْبَيِّنَةِ وَبِظُهُورِ الْحَمْلِ

شرع رحمه الله فيما يثبت به الزنى، ولثبوته أسباب: **الأول**: الإقرار ولو مرة خلافاً لأبي حنيفة وأحمد في اشتراطهما أربع مرات لحديث ماعز حيث رده حتى أقر أربع مرات،

وأجيب أنه إنما رده؛ لأنه إنما استنكر عقله، مع أن في بعضها مرتين وفي بعضها ثلاثاً قاله أبو عمران، وعمدتنا حديث العسيف الذي في الصحيح: «**اغْدُ يا أنيسُ على امرأةِ هذا فإن اعترفتْ فارجمها**»، ولم يذكر عدداً. **والثاني**: البينة. **والثالث**: ظهور الحمل خلافاً لأبي حنيفة والشافعي، ولما في الموطأ عن عمر رضي الله عنه: الرجم في كتاب الله حق على من جنى من الرجال والنساء، إذا أحصن، إذا قامت البينة، أو كان الحمل أو الاعتراف.

فَإِنْ رَجَعَ إِلَى مَا يُعْذَرُ بِهِ قُبِلَ، وَفِي إِكْذَابِ نَفْسِهِ فِي حَدِّهِ قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ...

يعني: أن رجوع المقر بالزنى إلى ما يعذر به كما لو قال: أصبت امرأتي أو جاريتي حائضاً فظننت ذلك زنًى أو جاريتي وهي أختي من الرضاعة.

ابن المواز: ولم يختلف فيه أصحاب مالك، وحكى الخطابي عن مالك قولاً بعدم قبول رجوع المقر واستغربه ابن زرقون.

قوله: (**وَفِي إِكْذَابِ نَفْسِهِ**) **يعني**: لو قال: كذبت ولم يبد عذراً، فقال ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم لا يحد، وروي عن أبي بكر وعمر وعلي وأبي هريرة وابن مسعود رضي الله عنهم، ورأوا أن ذلك شبهة لاحتمال صدقه ثانياً، وقال أشهب: لا يعذر إلا بما يعذر به، وروي عن مالك وبه قال عبد الملك.

فرع:

اختلف قول مالك في المقر بالزنى وشرب الخمر يقام عليه بعض الحد فيرجع تحت الجلد قبل التمام، فقال مرة، إن أقيم عليه أكثر الحد أتم عليه؛ لأن رجوعه ندم، ومرة قال: لا يقتل ولا يضرب بعد رجوعه، وهو قول ابن القاسم، قيل: وهو قول جماعة العلماء، وقد هرب ماعز لما رجم فاتبعوه، فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم، هلا تركتموه لعله يتوب فيتوب الله عليه.

وَفِي ثُبُوتِ الإِقْرَارِ بِاثْنَيْنِ قَوْلانِ

هذا الفرع مرتب على قول أشهب الذي لا يقبل رجوع المقر بالزنى إذا كان لغير شبهة، وأما على قول ابن القاسم فإنكاره كتكذيب نفسه، ومنشأ الخلاف هل هو معنى يرتب عليه [٧٢٧/ ب] حد الزنى فلا يكون إلا بأربعة كالشهادة، أو معنى يثبت به سبب الحد، فيثبت باثنين كالإحصان.

وَلَوْ أَقَرَّ بِالْوَطْءِ وَادَّعَى النِّكَاحَ وَلَيْسَا غَرِيبَيْنِ حُدَّا

الصواب تثنية فاعل (**أَقَرَّ**) لقوله: (**حُدَّا**) وشرط في الحد ألا يكونا غريبين، يعني وأما الغريبان فلا لأنهما لم يدعيا ما يكذبهما للعرف بخلاف الحضريين.

قوله: ولا بينة: في معناها الفشو قاله ابن القاسم، قالوا: ويأتنفان حينئذ نكاحاً جديداً بعد الاستبراء.

ابن القاسم: ولا تقبل في البينة شهادة أبيهما وأخيهما وفرض المصنف المسألة في إقرارهما بالوطء يريد وكذلك إذا قامت بينة به.

وقوله: (**حُدَّا**) هو مذهب المدونة. **ابن القاسم**: وسواء وجدا في بيت أو طريق، وأسقط عبد الملك الحد عنهما وإن كان غريبين، فيقال فيمن قال عند قوم: وطئت فلانة بنكاح، واشتريت أمة فلان ووطئتها، فلا يكلف بينة بالنكاح ولا بالشراء ولا يحد لأنه لم يوجد مع امرأة يطأها، ولو وجد كذلك كلف بالبينة إن لم يكن طارئ، قال: وقاله علماؤنا، وقد غلط فيها بعض من يشار إليه وقاله مطرف وأصبغ وابن الماجشون، ولو شهدت بينة عليه أنهم رأوا فرجه في فرج المرأة غائبة عنا لا ندري من هي، فقال هو: كانت زوجتي وطلقها أو أمتي وقد بعتها وهو معروف وهو غير ذي زوجة أو أمة فهو مصدق لا يكلف ببينة، ولو وجد معها كلف بالبينة إن لم يكن طارئاً.

وَالْبَيِّنَةُ تَقَدَّمَتْ

لما تكلم على الإقرار وكان حقه أن يتكلم على السبب الثاني وهو البينة، فبين أن الكلام على ذلك تقدم في كتاب الشهادات.

وَلَوْ شَهِدَ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ بِبَكَارَتِهَا لَمْ يَسْقُطِ الْحَدُّ

هذا فرع من فروع البينة، تكلم عليه هنا لأنه لم يتقدم، ومعناه: إذا شهد أربعة عدول بزناها فقالت هي: أنا عذراء أو رتقاء أو نظر إليها النساء فصدقنها لم ينظر إلى قولهن وحدّت، وهذا مذهب المدونة. ورأى اللخمي سقوط الحد؛ لأن شهادة النساء بذلك شبهة، ولأنه يمكن صدقها بأن ينظر إليها جماعة من النساء ويقع بقولهن العلم، ولو قالت: أنا أكشف لأربع رجال فينظرون إلي ولا أجلد، لكان ذلك لها، وإذا جاز نظر الرجال أولاً لإقامة الحد جاز . . . . أولاً، وفي العتبية ما يشبه هذا ففيها: فالذي يحلف بالعتق أو بالطلاق أن بفلانة عيب بموضع كذا مما لا يراه إلا النساء وهي حرة أو أمة، فنظرت امرأة فقالت: ليس بها ما قال - إنَّ نَظَرَ النساء ليس بشيء. يريد ولا حنث عليه.

وَأَمَّا الْحَمْلُ فَيُعْتَبَرُ فِي الأَمَةِ لا يُعْلَمُ لَهَا زَوْجٌ وَسَيِّدُهَا مُنْكِرٌ لِلْوَطْءِ، وَفِي الْحُرَّةِ لَيْسَتْ غَرِيبَةً ...

هذا هو السبب الثاني، يعني: إذا ظهر حمل الأمة وليس لها زوج وسيدها منكر للوطء حدت، ورأى اللخمي سقوط الحد إذا ادعت على سيدها، ويحلف ما أصابها إن أنكر الإصابة أو لقد استبرأتها، إن ادعى ذلك ثم لا حد عليها؛ لأن دعواها على السيد شبهة ويمينه مظنونة، وله أن يجبرها على القول بأن له ذلك بعلمه، ويعتبر في الحرة إذا لم تكن غريبة، يعني ولم يعلم لها زوج، وحذف ذلك للدلالة عليه بذكره في الأمة.

وَلَوْ قَالَتْ: غُصِبْتُ لَمْ يُقْبَلْ إِلا بِأَمَارَةٍ مِنْ صُرَاخٍ أَوْ أَثَرِ دَمٍ بِمَا يَظْهَرُ بِهِ صِدْقُهَا، وَاخْتَارَ بَعْضُهُمْ قَبُولَهُ...

يعني: لو قالت الأمة أو الحرة المتقدمتان غصبت لم يصدقا إلا أن تظهر أمارة تدل على صدقهما كما لو جاءت إحداهما تدمي أو مستغيثة عند النازلة، واختار بعض الشيوخ قبوله وإن لم تظهر أمارة، لاحتمال أن تكون غصبت وكتمت رجاء ألا يكون عنه حمل، ولعل المصنف يريد ببعضهم اللخمي فإنه قال ذلك، لكن شرط في المرأة أن تكون معروفة الخير ولا يطعن عليها شيء، وكذلك الباجي: سقوط الحد عنها إلزاماً على قول مالك أن الوطء بين الفخذين يكون عنه بسيلان الماء إلى الفرج.

وَشَرْطُ مُوجَبِهِ الإِسْلامُ وَالتَّكْلِيفُ

لما عرف الزنى وذكر ما يثبت به، شرع فيما يرتب عليه بقوله: (**مُوجَبِهِ**) بفتح الجيم اسم مفعول؛ أي: الذي يوجبه الزنى وفي بعض النسخ: وشرط موجب الحد الإسلام بكسر الجيم، وشرط الزنى هو الذي سبب الحد: الإسلام، فلا يقال على الكافر إذا زنى بمسلمة طائعة وهذا هو المشهور.

مالك وابن القاسم: ويرد إلى أهل ملته ويعاقب على ذلك العقوبة الشديدة.

أشهب: ويجب أن يتجاوز بذلك الحد، وقد أخبرني مالك عن ربيعة أنه يقتل ورآه ناقضاً للعهد، وقال لغيره في المبسوط: يحد حد الكفر وإن كانت ثيباً.

اللخمي: والأول أحسن، وإنما تقام الحدود في فروع الإسلام لمن تقدم منهم إسلام، وإنما حكم صلى الله عليه وسلم بين اليهود بما في التوراة لأنهم رضوا بذلك.

واعلم أن الجنايات السبع تقام على الكافر إلا الزنى والشرب والردة، أما الزنى فكما ذكرنا، وأما الشرب فإنهم يعتقدون حله، أو لأنا أخذنا منهم الجزية على ذلك، وأما الردة

فهو المشهور أن الكافر إذا انتقل من كفر إلى [٧٢٨/ أ] كفر أنه يعذر ولا يقتل وعلى الشاذ أنه يقتل هو كالمسلم.

وقوله: (**وَالتَّكْلِيفُ**) أي فلا حد على مجنون ولا صبي وإن كان مراهقاً على المشهور.

وَهُوَ ثَلاثَةٌ: رَجْمٌ، وَجَلْدٌ مَعَ تَغْرِيبٍ، وَجَلْدٌ مُفْرَدٌ، فَالرَّجْمُ عَلَى الْمُحْصَنِ مِنْهُمَا

يعني: والموجَب ثلاثة أنواع والرجم على المحصن، ولا يجمع معه الجلد وهذا مذهب كافة الفقهاء بخلاف الظاهرية لحديث ماعز وحديث العسيف.

وقوله: (**مِنْهُمَا**) أي: الزاني والزانية.

وَيَحْصُلُ لِكُلٍّ مِنْهُمَا بِالتَّزْوِيجِ الصَّحِيحِ اللَّازِمِ وَالْوَطْءِ الْمُبَاحِ الْمُحِلِّ الْمَبْتُوتَةِ بَعْدَ الْحُرِّيَّةِ، وَالإِسْلامِ وَالْبُلُوغِ، وَفِي التَّكْلِيفِ خِلافٌ ...

ويحصل لكل واحد من الزاني والزانية (**بِالتَّزْوِيجِ**) فلا يحصل بالملك.

وقوله: (**الصَّحِيحِ**) يخرج النكاح الفاسد إن كان مما يفسخ قبل البناء وبعده، وإن كان مما يمضي بعده فهو كالإحلال، وقد قدمنا الكلام على ذلك في النكاح.

وقوله: (**اللازِمِ**) فلا يحصل بالنكاح الذي فيه خلاف حكم، كنكاح العبد وذي العيب، واحترز بالوطء المباح من الوطء في حيض أو في عدة فلا يحصل به الإحصان.

وقوله: (**الْمُحِلِّ الْمَبْتُوتَةِ**) نعت الوطء، ولو استغنى به عن جميع ما تقدم كفى؛ أي: لأنه قال في الإحلال: لا تحل حتى تنكح زوجاً غيره نكاحاً صحيحاً لازماً ويطأها وطئاً مباحاً على المشهور، والمشهور مذهب ابن القاسم، مقابله لعبد الملك وزاد اللخمي ثالثاً للمغيرة وابن دينار: أن الوطء الفاسد يحصن ولا يحل.

اللخمي: وهو ضعيف ولو قيل بعكسه لكان أشبه.

وقوله: (**بَعْدَ الْحُرِّيَّةِ**) لقوله: ﴿ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ ﴾[النساء: ٢٥].

وقوله: (**وَالإِسْلامِ وَالْبُلُوغِ**) ظاهر.

وقوله: (**وَفِي التَّكْلِيفِ خِلافٌ**) سلامة العقل من الجنون؛ لأنه قد ذكر أن البلوغ شرط، وكأنه اعتمد على ما قدمه من الخلاف في فصل الإحلال وقد ذكر ثلاثة أقوال، واختلف إن تزوج عبد حرة بغير إذن سيدها ووطئها ثم زنت، فقال ابن القاسم: ليس بإحصان مطلقاً، وقال أشهب: إن أجاز سيده النكاح كان ذلك الوطء إحصانا ورجمت لا إن رده، ولعل المصنف إنما قال: (**وَفِي التَّكْلِيفِ**) ولم يقل وفي الجنون ليشمل غير الجنون من موانع العقل، وقد نظم بعضهم شروط الإحصان فقال:

شروط الإحصان ستة أتت فخذها على النظر مستفهماً
بلوغ وعقل وحرية ورابعها كونه مسلماً
وعقد صحيح ووطء مباح متى اختل شرط فلن يرجما

فَلِذَلِكَ يُحْصِنُ مَنْ عَتَقَ مِنَ الْعَبِيدِ مِنَ الزَّوْجَيْنِ بِالْوَطْءِ بَعْدَهُ دُونَ الآخَرِ

أي: فلأجل اعتبار الحرية لو أعتق أحد الزوجين ونكاحهما صحيح ثم وطئ بعد العتق منهما دون الآخر.

وَوَطْءُ الرَّجُلِ بَعْدَ إِسْلامِهِ الْكِتَابِيَّةَ تُحْصِنُهُ وَلا يُحْصِنُهَا

هذا راجع إلى الإسلام وهو ظاهر ولم يشبهه بمن أعتق من العبيد؛ لأنه لا يحصل في الإسلام من الطرد . . . . والعكس والعتق وإنما يحصل بإسلام الزوجة خاصة.

وَوَطْءُ الصَّغِيرَةِ يُحْصِنُ الرَّجُلَ وَلا يُحْصِنُهَا

هذا راجع إلى البلوغ، ويشترط في الصغيرة أن تطيق الوطء لأنه الذي يحصل من البالغة، فإن كانت الصغيرة لا تطيق الوطء لم تحصن، قاله ابن عبد الحكم، وقال ابن القاسم: إذا وطئها وإن كانت بنت خمس سنين.

وَوَطْءُ الصَّغِيرِ لَغْوٌ وَإِنْ قَوِيَ عَلَيْهِ

يعني: إذا وطء الكبيرة، ومعنى (**لَغْوٌ**) أنه لا يثبت الإحصان لواحد منهما، أما هو فلعدم بلوغه، وقد تقدم في الراهن خلاف، وأما هي فلأن وطأه لا يحصل لها كمال اللذة فكان كالأصبع.

وَفِي وَطْءِ الْمَجْنُونَةِ خِلافٌ تَقَدَّمَ

أشار به والله أعلم إلى ما قدمه في فصل الإحلال حيث قال: ويشترط علم الزوجة خاصة بالوطء، وقال أشهب: علم الزوج، وقال ابن الماجشون: لو كان مجنونين حلت.

ابن عبد السلام وغيره: يدل على أنه أراد الخلاف المتقدم في الإحلال قبل هذا.

وَكُلُّ وَطْءٍ يُحْصِنُ أَحَدَهُمَا يُحِلُّ، وَلَيْسَ كُلُّ وَطْءٍ يُحِلُّ يُحْصِنُ

وإلا فأي فائدة في ذكر هذه الكلية، **فإن قيل**: فكيف يفهم من الكلية أنه أراد الإحلال؟ **قيل**: لأنها أشعرت بأن الإحصان أخص لكثرة شروطه؛ إذ يشترط فيه الحرية وأن الإحلال أعم، وعلى هذا التقدير فكل ما يمنع من الإحلال يمنع قطعاً من الإحصان لاستلزام نفي الأعم نفي الأخص، ويصدق حينئذٍ: كل ما أحصن أحل؛ لأنه يلزم من وجود التقدير، فكل ما يمنع من الإحلال يمنع قطعاً من الإحصان لاستلزام نفي الأعم، واختلف الشيوخ في نقل الخلاف في المجنون باعتبار الإحصان، والصواب -والله أعلم- ما نقله اللخمي وغيره أنه إن كان أحدهما مجنوناً كان إحصاناً للعاقل منهما خاصة عند مالك وابن القاسم، وقال أشهب: المراعى الزوج فإن كان عاقلاً كان إحصاناً لها وله، وإن لم يكن عاقلاً لم يكن إحصاناً لها ولا له، وقال عبد الملك: إذا صح العقد منهما أو ممن يلي عليهما كان إحصاناً لهما ولو كانا مجنونين في حين البناء إذا كان الزنى في حين الصحة، وعلى هذه الطريقة في النقل لا تتم الإحالة على الإحلال لمخالفة ما بينهما فتأمله. انتهى.

والمخالفة [٧٢٨/ ب] إنما هي في القول الأول وإلا فقول أشهب وعبد الملك فيهما متحد، وقد يقال إنما اشترط ابن القاسم علم الزوجة لأن الإحلال قائم بها، فها هنا الإحصان قائم بكل منهما، فيلزم عليه أن يشترط في حقها لكن في أخذ هذا من لفظه نظر.

فَفِيهَا: وَإِذَا ادَّعَى أَنَّهُ غَيْرُ مُحْصَنٍ بِوَطْءٍ سَقَطَ

يعني: أن الزاني إذا أنكر الإحصان قبل قوله وسقط عنه الرجم؛ لأن الوطء لا يعلم إلا من جهته.

وَلَوْ أَنْكَرَتِ الوَطْءَ بَعْدَ أَنْ أَقَامَتْ عِشْرِينَ سَنَةً، وَالزَّوْجُ مُقِرٌّ بِالْوَطْءِ لَمْ يَسْقُطِ الْحَدُّ، وَعَنْهُ فِي الرَّجُلِ: يَسْقُطُ مَا لَمْ يَثْبُتْ بِإِقْرَارِهِ أَوْ بِوَلَدٍ، وَقِيلَ: لا مُخَرَّجاً ...

جلب مسألتي المدونة لتعارضهما ولينبه على بعض ما فيها، **فالأولى**: في الزوجة ذكرها في النكاح، فقال: وإن أقامت مع زوجها عشرين سنة فزنت فقالت: لم يكن الزوج جامعني، والزوج مقر بالجماع فهي محصنة والحد واجب ولا يزيله إنكارها، وقال غيره لدفعه حداً قد وجب ولم يكن منهما قبل ذلك دعوى.

والثانية: في الزوج ذكرها في الرجم، فقال: ومن تزوج امرأة وطال مكثه معها بعد الدخول فشهد عليه بالزنى، فقال: ما جامعتها قد دخلت بها فإن لم يعلم . . . . يظهر، أو بإقرار بالوطء ولم يرجع درء الحد بالشبهة، وإن علم منه إقرار بالوطء قبل ذلك رجم، واختلف فيهما، فقال يحيى بن عمر وسحنون وأبو عمران وغيرهم هما متعارضتان، لكونه قبل قول الزوج دون الزوجة، وذهب جماعة إلى التفريق بينهما، واختلف الأولون هل تقيد مسألة النكاح بما في الرجم ويطرح ما في النكاح وهو قول يحيى بن عمر لقوله أن مسألة الرجم خير مما في النكاح، أو بالعكس وإليه ذهب سحنون، واختلف الآخرون في كيفية الجمع على أوجه:

أحدها: أن الطول الذي قبل فيه قول الزوج لم يبلغ عشرين سنة ونحوها ولو بلغ ذلك لم يقبل قوله كالزوجة.

ثانيها: أن الزوج إذا عرض له ما يمنعه من الوطء الغالب عليه إخفاؤه بخلافها، فإن العادة الإظهار من جهتها، ورد بأنه لو لم يكن وطئها لم تسكت.

ثالثها: أنه قبل قول الزوج؛ لأن الزوجة لم تدع عليه أنه وطئها ولم يقبل قول الزوجة؛ لأن الزوج مقر بجماعها، ذكر هذه الثلاثة صاحب النكت واختار ابن يونس الثالث، واختار اللخمي وابن يونس حملها على الخلاف، وذكر ابن رشد في مقدماته أن الفروق التي ذكرها عبد الحق وغيره لا تصح لأنه قال: إن تزوج الرجل امرأة فأقر بالوطء قبل الزنى أو بعده فذلك منهما الإحصان، وأما إن أنكراه بعد الزنى ولم يعلم منهما إقرار قبله، فهل يصدقان في إنكاره ثلاثة أقوال: **الأول**: لا يصدقان وإن كان ذلك بقرب البناء، **الثاني**: مذهب جمهور أصحاب مالك أنهما يصدقان ولا يرجمان، **وذهب بعضهم** إلى أن ما في الرجم ليس بخلاف لما في النكاح، وفرق بينهما بتفاريق ذكرها عبد الحق وغيره لا تصح، وأما إن ادعاه أحدهما على صاحبه وأنكره الآخر قبل الزنى فلا يلزم المنكر الإحصان باتفاق ولا المقر به على سبيل الدعوى بالاتفاق أيضاً، وله أن يرجع عن إقراره قبل أن يؤخذ في زنا أو بعد أن يؤخذ فيه كالرجل والمرأة، وأما إن أقر أحدهما بالوطء في غير سبيل الدعوى والآخر منكر، فأما المنكر فلا يكون محصناً باتفاق، وأما المقر فقال ابن القاسم: يكون محصنا لإقراره على نفسه، وقال ابن عبد الحكم: لا يكون محصناً لأن الحدود تدرأ بالشبهات، وأما إن كان اختلافهما في الوطء بعد الزنى، فأما المقر فيلزمه الإحصان بإقراره بالوطء، ويجب عليه الرجم باتفاق، وأما المنكر فاختلف هل يصدق أم لا؟ على الثلاثة التي تقدمت في إنكارهما جميعاً الوطء بعد الزنى، وذهب بعضهم إلى أن هذا الاختلاف غير داخل في هذه المسألة، وأنه يحد ولا يصدق في إنكاره الوطء بعد الزنى

لإقرار صاحبه عليه، وليس هذا بشيء لأن إقرار أحدهما على صاحبه شهادة منه عليه بالإحصان، ولا تجوز شهادة واحد بالإحصان. انتهى باختصار، ومراده على سبيل الدعوى أي ادعت الوطء ليكمل لها الصداق، وادعى الرجل ذلك استثبت له الرجعة في العدة والله أعلم. وقول المصنف: (**وَقِيلَ: لا**) أي: لا يخرج مسقط؛ أي: من المسألة السابقة بناء على قول من حملها على الخلاف.

وَاللائِطَانِ مُطْلَقاً كَالْمُحْصَنِ فَالرَّجْمُ، وَقَالَ أَشْهَبُ: إِلا الْعَبْدَيْنِ وَالْكَافِرَيْنِ فَيُجْلَدُ الْعَبْدُ خَمْسِينَ، وَيُؤَدَّبُ الْكَافِرُ...

قوله: (**مُطْلَقاً**) يعني: ولا يستثنى من استثناء أشهب، وروى أبو داود والترمذي، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «**من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به**»، قال مالك: ولم أزل أسمع أنهما يرجمان أحصنا أو لم يحصنا، وقول أشهب ضعيف؛ لأنه لو كان من باب الزنى لاعتبر الإحصان ولا يأدب الكافر إلا بشرط أن يظهره.

وَالْجَلْدُ مَعَ التَّغْرِيبِ عَلَى الْحُرِّ الذَّكَرِ غَيْرِ الْمُحْصَنِ

هذا هو النوع الثاني، ولا خلاف في الجلد والتغريب ثابت عندنا وعند جمهور أهل العلم لما في الصحيحين من حديث العسيف: «**وعلى ابنك مائة وتغريب سنة**»، ونفاه أبو حنيفة رحمه الله؛ لأن الزيادة عنده [٧٢٩/ أ] على الآية نسخ، ولا ينسخ القرآن بخبر الواحد لكون الزيادة على النص متنازع فيها.

وقوله: (**الْحُرِّ**) يعني: ولا تغريب على العبد لما على سيده من الضرر خلافاً للشافعي في أحد قوليه لعموم قوله عليه الصلاة والسلام: «**والبكر بالبكر جلد مائة وتغريب**»، وأجيب بعد تسليم العموم، فإن عطفه عليه الصلاة والسلام الثيب عليه مع دخول الرقيق فيه قرينة دالة على أن المراد بالبكر من هو حر، ولأن العبد إنما يجلد

خمسين لا مائة. وقول المصنف: (**الذَّكَرِ**) يعني: ولا تغريب على الأنثى لما يخشى عليها في التغريب من الزنى.

وَالْجَلْدُ وَحْدَهُ عَلَى الْحُرَّةِ غَيْرِ الْمُحْصَنَةِ وَالْعَبْدِ

هذا هو النوع الثالث: وأراد بالعبد الجنس فيشمل الذكر والأنثى، أو أراد بالعبد الذكر والأنثى ليشمل الحرة والأمة وهذا أقرب.

وقوله: (**غَيْرِ الْمُحْصَنَةِ**) يعني: وأما المحصنة فترجم.

وَيُتَشَطَّرُ الْجَلْدُ بِالرِّقِّ وَإِنْ كَانَ جُزْءاً أَوْ مَا فِي مَعْنَاهُ

قوله: (**بِالرِّقِّ**) علم متناول الذكور والإناث لقوله تعالى: ﴿ **فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ** ﴾ [النساء: ٢٥] والعبد مقيس عليها من باب لا فارق وإن كان جزءا؛ أي: وجزءا بأن يكون معتق البعض وما في معناه أي في معنى الرق وهو ما فيه شائبة من شوائب الحرية من أم ولد ومكاتب ومدبر ومعتق لأجل.

وَالتَّغْرِيبُ: نَفْيُهُ إِلَى بَلَدٍ آخَرَ كَفَدَكَ وخَيْبَرَ مِنَ الْمَدِينَةِ

تصوره ظاهر وفدك بالدال المهملة. **الجوهري**: اسم قرية بخيبر، وقال عياض في المشارق: مدينة بينها وبين المدينة يومان، وقيل ثلاثة مراحل.

أبو عمران: وروي أنه عليه الصلاة والسلام نفى إلى خيبر، ونفى عمر إلى فدك، ونفى من المدينة إلى البصرة وإلى خيبر، ونفى علي من الكوفة إلى البصرة، وقال الشافعي: من عمله إلى عمل غيره، وقال مالك في الموازية: من مصر إلى الحجاز، وقال ابن القاسم: من مصر إلى أسوان وأدن منها ولا يبعد كل البعد، وربما ضاع وبعد عن أن تدركه منفعة أهله وماله.

وَكِرَاؤُهُ فِي مَالِهِ، وَإِلا فَبَيْتُ الْمَالِ

أي: في مسيره وهكذا قال أصبغ وابن المواز وكذلك المحارب.

وَيُسْجَنُ فِيهِ سَنَةً مِنْ حِينِ سَجْنِهِ

قال ابن القاسم: يكتب إلى ولي البلد أن يقبضه ويسجنه سنة عنده وتحسب السنة من يوم سجن، وروى نحوه ابن حبيب عن مطرف.

فَلَوْ عَادَ أُخْرِجَ ثَانِياً

الظاهر أن المراد لو عاد المغرب إلى بلده أخرج ثانياً قبل تمام السنة، وهو الذي يؤخذ من كلامه في الجواهر، وقال: (**أُخْرِجَ**) ولم يقل أعيد لأن الإعادة تقتضي تغيير الموضع الذي كان به أولاً، و(أخرج) لا يقتضي ذلك وهو أولى إذا قوى الإمام سجنه في غيره أولاً، والظاهر يبنى على ما تقدم أو يستأنف، والظاهر البناء، ويحتمل أن يريد فلو عاد على الزنى، فإنه أيضا يجلد ويغرب وعليه اقتصر ابن راشد، وإنما قلنا الأول أولى لاقتصاره على الإخراج فقط وأنه لا كبير فائدة في الحل الثاني، وانظر لو زنا في المكان الذي نفي فيه أو زنا المغرب بغير بلده، هل يكون سجنه في المكان الذي زنا فيه تقريبا؟

وَلا يُقْتَلُ بِصَخْرَةٍ وَلا بِحَصَاةٍ خَفِيفَةٍ بَلْ بِمَا بَيْنَ ذَلِكَ، وَيُتَّقَى الْوَجْهُ، وَلا يُؤَخَّرُ لِمَرَضٍ بِخِلافِ الْجَلْدِ...

لأن العظام تشوِّه والصغار تعذب وهذا هو المشهور، قال ابن شعبان يرجم بأكبر حجر يقدر الرامي على رفعه ويتقى الوجه، لما رواه أبو داود عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «**إذا ضرب أحدكم فليتق الوجه**»، ونص مالك على اتقاء الفرج، والمشهور أنه لا يحفر له، وفي الموازية يحفر له، ووقع في الحديث ما يدل على كلا الأمرين، وقيل: يحفر للمرأة فقط، وقيل: للمشهود عليه دون المقر به؛ لأنه إن رجع ترك.

اللخمي: ولا يضرب رجليه إذا لم يحفر له ولا ساقيه؛ لأنه تعذيب، وليس بقتل ويجرد على الرجل ولا تجرد المرأة، وإنما لم يؤخر لمرض لأن الغرض قتله بخلاف الجلد وهو واضح.

وَيُنْتَظَرُ بِهَا وَضْعُ الْحَمْلِ مُطْلَقاً، وَالاسْتِبْرَاءُ فِي ذَاتِ الزَّوْجِ

(**مُطْلَقاً**) أي: سواء كان رجماً أو جلداً لئلا يقتل ما في بطنها، فإذا وضعت أخرت في الجلد لنفاسها؛ لأنها مريضة، ولا تؤخر في الرجم إلا ألا يوجد من يرضع الطفل كما قدمه المصنف آخر كتاب الجراح، ولا تؤخر بدعواها الحمل بل ينظرها النساء، فإن صدقتها لم يعجل بذلك وإلا حدت، وهذا ظاهر إذا كان بعد الأربعة أشهر ونحوها، وأما في الشهرين فلا، فإن ابن القاسم قد أجاز في المدونة إذا مر لها منذ زنت شهران ترجم إذا قال النساء لا حمل بها.

اللخمي: وليس بالبين؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم أخبر أنه يكون نطفة أربعين يوماً وأربعين علقة وأربعين مضغة ثم ينفخ فيه الروح في الشهر الخامس، وأما إذا كان كذلك يمكن أن يكون في الشهور علقة، ولا يجوز أن يعمل حينئذ عملاً يوصل إلى إسقاطه ولا إلى فساد، كما لا يجوز للمرأة أن تشرب ماء يطرح به حينئذ، وأجاز اللخمي العمل على قول مالك.

ابن القاسم: بعد ثلاثة أشهر، قال: وإن لم يمض لها أربعين يوماً جاز إقامة الحد عليها الجلد أو الرجم إلا أن تكون ذات زوج، فإنه يسئل الزوج فإن قال: كنت استبرأتها أقيم عليها الحد ورجمت إن كانت ثيبا، [٧٢٩/ ب] وإن قال لم تستبرأ كان بالخيار بين أن يقيم بحقه في الماء الذي له فيها، فتؤخر حتى ينظر هل تحمل منه أم لا؟ أو يسقط حقه فتحد انتهى.

وقوله: (**وَالاسْتِبْرَاءُ فِي ذَاتِ الزَّوْجِ**) قد قدمنا كلام اللخمي الآن فيه.

ابن عبد السلام: انظر هل هي حيضة وهو الأقرب أو ثلاثة.

خليل: بل القاعدة أن الحرة لا تستبرأ إلا بثلاثة.

وَيُنْتَظَرُ بِالْجَلْدِ اعْتِدَالُ الْهَوَاءِ، وَرُوِيَ: لا يُؤَخَّرُ فِي الْحَرِّ

أي: يؤخر في الجلد دون الرجم للحر والبرد المفرطين اللذين يخشى فيهما الهلاك، ونص مالك على البرد، وألحق به ابن القاسم في المدونة الحَرَّ إذا كان يعرف خوفه، والرواية أنه لا يؤخر في الحَرِّ للموازية ورآه ليس بمتلف، وعلى هذا فالخلاف مبني على تخفيف العلة.

وَلا يُقِيمُ الْحَدَّ إِلا الْحَاكِمُ، وَالسَّيِّدُ فِي رَقِيقِهِ فِي حَدِّ الزِّنَى وَالْخَمْرِ وَالْقَذْفِ بِالإِقْرَارِ، وَبِالْبَيِّنَةِ، وَبِظُهُورِ الْحَمْلِ...

قوله: (**إِلا الْحَاكِمُ**) أي: في الأحرار والعبيد، قال في المدونة آخر كتاب الرجم: ولا ينبغي أن يقيم الحد ولاة المياه ليجلب ذلك إلى قضاة الأمصار ومصر كلها لا تقام فيها الحدود إلا بالفسطاط، أو يكتب إلى الفسطاط فيكتب إليه بأمره بإقامة ذلك. وقوله: (ولا ينبغي) الظاهر أنه على المنع، وقد عبر بعضهم بلا يجوز ولاة المياه السعاة لأنهم يسألون عن المياه، ويستثنى في ذلك عبد للإنسان فإن لسيده أن يقيم عليه الحد لعدم التهمة في حقه؛ لما في الصحيحين سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الأمة إذا زنت ولم تحصن، قال: «**إن زنت فاجلدوها ثم إن زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بضفير**»، ابن شهاب: لا أدري بعد الثالثة أو الرابعة، والضفير الحبل، وروى أبو داود عن علي رضي الله عنه في جارية لآل رسول الله صلى الله عليه وسلم فجرت، فقال له: «**أقم عليها الحد وأقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم**»، قوله: (**فِي حَدِّ الزِّنَى وَالْقَذْفِ وَالْخَمْرِ**) عائد على (السَّيِّدُ)، ويجلده في الخمر والفرية رجلين، وفي الزنى أربعة عدول، واحترز من السرقة وغيرها بألا يقيمها إلا الوالي، قال في المدونة: لأن ذلك ذريعة إلى أن يمثل بعبده ويدعي أنه سرق.

وقوله: (**بِالإِقْرَارِ.... إلخ**) يعني: أن السيد يقيم على عبده بالطرق المذكورة في الحر.

وَفِي حَدِّهِ بِرُؤْيَتِهِ قَوْلانِ

وفي حد السيد لعبده والقولان روايتان، مذهب المدونة أنه لا يقيمه بعلمه،

ومنشأ الخلاف هل هو حكم فلا يجوز بعلمه أو لا تهمة هنا، ولا خلاف أن له تأديبه في الجنايات بعلمه.

فَإِنْ كَانَ مُتَزَوِّجاً بِمَا لَيْسَ مِلْكاً لَهُ فَالإِمَامُ

يعني: فإن كان الرقيق متزوجاً بها ليس لسيده سواء كان متزوجاً بحرة أو بملك غير سيده، فليس حينئذ الإقامة لحق الآخر من الزوجين، وحق لسيده إن كان رقيقاً، ولا فرق بين أمته متزوجة بعبد الغير أو بالعكس، نص على الأولى في المدونة، ونص على الثانية التونسي، وفهم من كلامه أنه لو زوج أمته بعبده لكان له أن يقيم الحدود وهو كذلك.

وَيُقْتَلُ الْكَافِرُ يُكْرِهُ الْحُرَّةَ الْمُسْلِمَةَ لِنَقْضِ العَهْدِ، وَفِي الأَمَةِ قَوْلانِ

المشهور أنه لا يقتل في الأمة، نعم يؤدب الأدب الشديد لأنه جنى على مال، والشاذ أظهر لأن الأمة تستغيث بالإسلام وهو منتهك لحرمته، ومقتضى تعليل المصنف بنقض العهد أن قتله مباح.

ابن عبد السلام: والذي يقول أهل المذهب ظاهره تحتم قتله، وهو ظاهر ما روي عن عمر رضي الله عنه، واختلف قول ابن القاسم هل يثبت هنا بشاهدين كغيره لما ينقض به العهد أو بأربعة؟ وإليه رجع ابن القاسم، قال: لا يقتل حتى يشهد عليه بالفعل أربعة شهود أنهم رأوه كالمرود في المكحلة لأنه لا يستوجب القتل إلا بالوطء وهو إنما يثبت بأربعة.

فائدة: لنقض العهد أسباب:

أولها إكراه النساء على الزنى. **ثانيها**: القتل. **ثالثها**: منع الجزية. **رابعها**: التمرد على الأحكام. **خامسها**: التطلع على عورات المسلمين، فإن أسلم لم يقتل إذ قتله لنقض العهد لا للجلد، أما قطعهم الطريق أو القتل الموجب للقصاص فحكمهم فيه كالمسلمين.

وَأَمَّا فِي الطَّوْعِ فَالْعُقُوبَةُ

أي: في طوعها ولا إشكال في حدها وقد تقدم فيه ثلاثة أقوال.

الْقَذْفُ: وَهُوَ مَا يَدُلُّ عَلَى الزِّنَى وَاللِّوَاطِ وَالنَّفْيِ عَنِ الأَبِ أَوِ الْجَدِّ لِغَيْرِ الْمَجْهُولِ بِخِلافِ نَفْيِهِ عَنِ الأُمِّ ...

هو بالذال المعجمة وأصله الرمي إلى بعد، فكأنه رماه بما يبعد ولا يصلح، ومنه قيل للمنجنيق القاذف، وقد سماه الله رمياً فقال: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَـٰتِ ﴾ [النور:٤] ويسمى أيضاً فرية؛ لأنه من الافتراء والكذب، وهو من الكبائر بإجماع. ومفهومه في الشرع أخص منه في الفقه، ورسمه المصنف بالرسم المذكور وأتى بها يتناول اللفظ وما يقوم مقامه كالإشارة في حق الأخرس.

وقوله: (**مَا يَدُلُّ**) يحتمل بالصريح وعليه اقتصر ابن عبد السلام، ويحتمل ما يدل مطلقاً فيشمل التعريض ويكون التشبيه لبيان التعريض إن كان دالاً فكالصريح، وعطف اللواط على الزنى من عطف الخاص على العام لأنه نوع منه.

وقوله: (**وَالنَّفْيِ عَنِ الأَبِ أَوِ الْجَدِّ**) احترازاً من الأم كما سيأتي، أو لتنويع لا للشك؛ لأن الجد لا يقبل الشك.

وقوله: (**لِغَيْرِ** [٧٣٠/ أ] **الْمَجْهُولِ**)، وقع في بعض النسخ بالجيم والهاء، وكذلك وقع في نسخة ابن راشد، واحترز بذلك من المجهول كالمنبوذ، ففي العتبية عن مالك نفي الحد عمن قال لمنبوذ يا ابن الزانية ويؤدب. قال في البيان: لأن أمه لا تعرف، ولا حد على من قذف مجهولاً. قال: وكذلك لو قال له يا ابن الزاني. قال: وكذلك قال في الواضحة: لا حد على من قذف منبوذاً بأمه أو بأبيه، وأما إن قال له ولد زنى، فيجب عليه لاحتمال أن يكون أشده وإن كان قد نبذ. ووقع في بعض النسخ: (المحمول) بالحاء المهملة والميم ليحترز من المستبين، فإنه لا حد على من نفاه من أبيه، وقال: يا ولد زنى. قاله أشهب، قال: لأن المجهولين لا يثبت أنسابهم ولا يتوارثون بها، وسئل في العتبية عن الرجل

الغريب يقال له يا ابن الزانية وهو لا يعرف أمه، قال مالك: أرى أن يضرب الحد إذا كان رجلاً مسلماً. وقد يقدم الرجل البلد فيقيم بها سنين من أهل خراسان فيقدمه الرجل ويقال له أقم البينة أن أمك حرة أو مسلمة.

مالك: ما أراد ذلك عليه ولكن أراد أن يضرب على قذفه، والظالم هو الذي يحمل عليه. قال في البيان: وهذا بين لأن أم الحر المسلم محمولة على الإسلام والحرية حتى يعلم خلافه، وإنما يحد إذا قال له: يا ابن الزانية إذا كانت أمه قد ماتت أو غائبة بعيدة الغيبة، فلا حد عليها إلا بعد الإغرار. انتهى. وهذا أظهر مما قاله أشهب لأنا منعناهم التوارث لجهلنا بأنسابهم لا أنهم أولاد زنى، والمشهور أن توءمي المجهولة يتوارثان أشقاء، وزعم ابن عبد السلام أن النسخة الأولى تصحيف وليس بظاهر، لا يقال التعريف غير مانع لصدقه على المخاطب إذا كان غير عفيف أو عبد أو كافر، وليس بقذف لسقوط الحد؛ لأنا نقول كل هذا قذف وانتفاء الحد لانتفاء الشرط لا لانتفاء ماهية القذف.

بِخِلافِ نَفْيِهِ عَنِ الأُمِّ

أي: بخلاف نفي المقذوف عن الأم، نحو لست لأمك، فهذا لا حد عليه، قاله مالك وأصحابه، وعلله بأن الأمومة متنفية فيعلم كذبه في نفيه عنها، فلا غضاضة عليه فيه، والأبوة ثابتة بالحكم وغلبة الظن، فلا يعلم كذبه في نفيه فتلحقه بذلك معرة، وأشار التونسي إلى استشكاله بأن فيه قذف الأب لأن معناه أن غير أمك وإلى ترك محمل أباه على غير أمه.

وَالتَّعْرِيضُ بِذَلِكَ إِنْ كَانَ مَفْهُوماً كَالتَّصْرِيحِ مِثْلُ: أَمَّا أَنَا فَلَسْتُ بِزَانٍ

(**بِذَلِكَ**) أي: زنًى أو لواطاً أو نفي عن أب أو جد كالتصريح في وجوب الحد، والمثال الذي ذكره خاص ببعض أنواع التعريض، وترك المصنف غير اختصار لأن ذلك

يفهم منه كقوله: أما أنا فلست بلائط وأنا معروف. واحترز المصنف بقوله: **(إِنْ كَانَ مَفْهُوماً)** ممن لا يفهم منه القذف.

عبد الوهاب: واختلف في اللفظ المحتمل للقذف والشتم إلى أيهما يرد على القولين. وفي اللخمي: إن صرح بالقذف أو عرض به حد، وإن شتم بلفظ القذف أو عرض به عوقب ولم يحد، وإن أشكل الأمر هل يراد بذلك القذف أم لا؟ حلف أنه لم يرد به قذفاً وعوقب، واختلف إذا نكل هل يحد أم لا؟ فأجراه مرة مجرى النكول عن أيمان التهم أنه يغرم ما نكل عنه، فقال هنا يحد، ورأى مرة أنه بخلاف المال ولا يؤخذ منه الحد. قال في المدونة: وإن قال لرجل يا فاسق يا فاجر نكل، وكذلك يا حمار، يا ابن حمار، يا ابن ثور، يا خنزير، فإن قال له يا خبيث، أحلف أنه لم يرد قذفاً ثم ينكل، فإن نكل عن اليمين لم يحد ونكل.

اللخمي: يريد ويزاد في نكاله وإن قال يا ابن الفاسقة ويا ابن الفاجرة نكل وإن قال يا ابن الخبيثة أحلف أنه ما أراد قذفاً، فإن نكل عن اليمين حبس حتى يحلف، فإن طال حبسه نكل ولم يره من التعريض. وقال أشهب في الموازية: إن قال: يا فاجر، يا فاسق، يا خبيث، فإن نكل حد.

محمد: ويحلف أنه لم يرد نفيه من أبيه ولا قذفاً لأبيه فإن نكل حد. وقال ابن الماجشون: يا ابن الفاسقة، يا ابن الفاجرة، يا ابن الخبيثة، ونكل حد. ومضى في ذلك على أصله أن قول ذلك للنساء أشد، إلا أنه عنده من الأمر المتردد ما يراد به القذف أم لا، وروى ابن القاسم أن قوله: يا ابن الخبيثة أشد من قوله: يا ابن الفاسقة؛ لأن الفسق الخروج عن الطاعة جملة ولا يختص بالفاحشة، والخبث يراد به الفاحشة، قال الله تعالى في قوم لوط ﴿ ٱلَّتِي كَانَت تَّعۡمَلُ ٱلۡخَبَٰٓئِثَ ﴾ [الأنبياء:٣٧] ولم يحمل القائل على أنه أراد ذلك لأن العامة لا تعرفه، فلذلك استظهر عليه باليمين، قال في البيان: أما إن قال: يا خبيث الفرج فلا إشكال أنه يحد.

فرع: ويستثنى من سقوط الحد بالتعريض الأب فإنه لا حد عليه فيه، نص عليه مالك. وفي المدونة: إذا عرض بزوجته ففيه الحد. واختلف في ذلك، وأما الشاعر أعرض في شعره فلمالك في العتبية: لا حد عليه إلا أن يكون بيناً جدًّاً. قال في البيان: ورأيت لأبي بكر بن محمد أنه يعتبر شعره فإن كان فيه تعريض حد. وكأنه تأول ما لمالك في العتبية على سقوط الحد مطلقاً، وليس بتأويل صحيح لأنه نص على أنه الحد إذا كان [٧٣٠/ ب] الشيء إليه، وإنما يشترط ألا يحد إلا أن يكون ذلك قولاً بيناً، فليس قول مالك مخالفاً لأصله في إيجاب الحد بالتعريض، وأسقط أبو حنيفة والشافعي الحد في التعريض مطلقاً لجواز التعريض في النكاح، وفيه نظر؛ لأنه كان يلزم عليه جواز التعريض بالقذف، ودليلنا ما روي في الموطأ أن رجلين تسابَّا في زمان عمر رضي الله عنه، فقال أحدهما للآخر: والله ما أنا بزان ولا أمي زانية. واستشار في ذلك عمر، فقال قائل: مدح أباه وأمه. وقال آخرون: وقد كان لأمه وأبيه مدح غير هذا، نرى أن نجلده الحد. فجلده عمر الحد ثمانين. وروي أن عمر رضي الله عنه جلد في التعريض وقال رحمه الله: لا تداعى جوانبه. وبه قال ابن مسعود وعمر بن عبد العزيز. ولسنا إنا نحن متعبدون بالمعاني، ولو تسابَّ رجلان فقال أحدهما: ابن الفاعلة الصانعة العفيفة التي لم تزن قط. لفهم منه نطقاً فيهما بالزنى، بل هو أبلغ من قوله: يا ابن الزانية.

اللخمي: ويجب الحد إذا قال: ما يطعن في فرجي بشيء وإني لعفيف الفرج أو أنك لعفيف الفرج، وإن لم يذكر الفرج، وقال: إني عفيف أو ما أنت عفيف أو عفيفة، افترق الجواب، فإن قال ذلك لرجل أحلف أنه لم يرد قذفاً ولم يحد. وهو قول مالك وعبد الملك، واختلف إذا قال ذلك لامرأة، فقال مالك: يعاقب ولا يحد. وقال عبد الملك: ولو قال ذلك لرجل إلا أن يدعي أنه عفيف في المكسب والمعظم، فيحلف ولا حد عليه وينكل. قال: لأن المرأة لا يعرض عليها بالعقاب إلا بالفرج، والرجل يعرض له في غيره.

يحيى بن عمر: وإن قال لامرأته يا مخبث فعليه الحد.

ابن الماجشون: وإن قال لرجل يا مأبون وهو رجل في كلامه تأنيث ويضرب بالكبر ويلعب في الأعراس ويتهم بما قيل له فيما يخرجه عن الحد، واختلف إذا قال لرجلٍ يا مخنث، قال مالك في المدونة: احلف ما أراد قذفا وينكل، فإن نكل حد. وفي الموازية: إن كان في المقول له تصنع في يديه أو من عمل النساء شيء أو لين الكلام، أحلف ما أراد غيره إن كان بريئاً من ذلك ولا شيء فيه منه حد القائل. وحمل اللخمي ما في الموازية على الخلاف وحمله غيره على التفسير بما في المدونة. وإن قال: يا ابن منزلة الركبان. ففي الواضحة: يحد. وكذلك إن قال يا ابن ذات الراية، وإن قامت فلانة في أعكانها حد عند ابن القاسم خلافاً لأشهب. وفي الموازية: من قال لرجل: يا ابن زانٍ، جلد لزوجته إن طلبت لأن القرنان عند الناس زوج الفاعلة، وقاله ابن القاسم في غير الموازية، ولم يرمِ فزعم فيه الحد، وقال يجلد عشرين سوطاً.

وَالْكِنَايَةُ كَذَلِكَ مِثْلُ: يَا نَبَطِيُّ، أَوْ مَا أَنْتَ بِحُرٍّ، أَوْ يَا رُومِيُّ، أَوْ يَا فَارِسِيُّ لِعَرَبِيٍّ بِخِلَافِ الْعَكْسِ ...

الجوهري: الكناية أن يتكلم بشيء ويريد به غيره. وفي تلخيص المفتاح: الكناية: لفظ أريد به لازم معناه مع جواز إرادته معه. والمصنف رحمه الله لما رأى أن التعريض خلاف الكناية عند علماء البيان، ورأى أن أهل المذهب لم يفرقوا بينهما لكونهم لم يقسموا القذف إلا إلى صريح وتعريض، تبع في ذلك علماء البيان، وأشعر ذلك بمعرفة هذا الفن وبعدم ارتضائه قول الفقهاء، وليس ذلك بمجرد مخالفتهم أصحاب علم البيان، فإن هذا يرجع إلى الخلاف في الاصطلاح وطائل تحت، ولكن لأن دلالة التعريض أقوى من الكناية، والوارد عن عمر رضي الله عنه إنما هو في التعريض وهو أصل هذا الباب، فلا يصح قياس الكناية عليه. ومثل المصنف بقوله: (**أَنْتَ بِحُرٍّ، أَوْ يَا رُومِيُّ، أَوْ يَا فَارِسِيُّ لِعَرَبِيٍّ**)؛

لأنه قطع نسبه بخلاف العكس - أعني: إذا قال للرومي والفارسي يا عربي - فإن العرب في هذا ليس قطع النسب بل الثناء على المغلظ بصفات العرب مثل الشجاعة والسخاء وغير ذلك.

فرع: ولو قال يا ابن اليهود أو النصراني، فقال ابن القاسم: يحد إلا أن يكون في آبائه أحد كذلك. وقال أشهب: لا حد عليه إذا حلف أنه لم يرَ نفيه.

اللخمي: وحمل قوله أن أباك الذي تنسب إليه الآن يهودي أو نصراني. وكذلك إذا قال: يا ابن الأقطع، يا ابن الأعور، يا ابن الأحمق، يا ابن الأزرق، يا ابن الآدم، وليس أبوه كذلك، فقال ابن القاسم: يحد لأنه حمل أباه على غير أمه. وعلى قول أشهب لا يحد إذا حلف، واختلف إذا قال يا ابن الحجام أو يا ابن الخياط أو غير ذلك من الصنائع وليس في آبائه من يعمل ذلك، فلمالك في المدونة من رواية ابن القاسم: إن كان المقول له ذلك من العرب حد، وإن كان من الموالي فلا حد عليه، ويحلف بالله ما أراد قطع نسبه ويعزر. وروى ابن حبيب عنه يحد فيهما. وقال أشهب: لا حد فيهما إذا حلف أنه لم يرد نفيه من آبائه. قال: وإنما ذلك كقوله: أبوك الذي ولدك حجام أو حائك.

وَاخْتَلَفَ قَوْلُهُ فِي مِثْلِ: يَا فَارِسِيُّ وَشِبْهِهِ لِرُومِيٍّ وَشِبْهِهِ

الضمير في (**قَوْلُهُ**) عائد على مالك والخلاف في المدونة، لكن إنما حكاه فيمن نسب جنساً من البيض إلى جنس من السودان، واختار ابن القاسم نفي الحد، وزاد: إلا أن يقول يا ابن الأسود وليس في آبائه الأسود. وفي الجواهر: فيمن قال لرومي يا فارسي، ولفارسي يا رومي أن عليه الحد. وفيه نظر؛ فقد حكى في البيان [٧٣١/ أ] الاتفاق على أنه لا حد على من نسب أحداً من البيض من البربر والفرس والقبط إلى غير جنسه من البيض كلهم، أعني في غير العرب ولذلك إذا نسب جنساً من أجناس السودان إلى غيره

من أجناس السود كالحبش والنوبة باتفاق؛ لأن غير العرب لا يحفظون أنسابهم كالعرب، قال: واختلف إذا نسب أحداً من أجناس البيض إلى جنس من أجناس السودان أو بالعكس على ثلاثة أقوال:

الأول: نفي الحد، وهو مذهب مالك الذي أخذ به ابن القاسم في المدونة.

والثاني: أن عليه الحد في ذلك كله إلا أن يكون المقول له أسود أو ابن أسود، وإن كان من جنس البيض فيقول له يا ابن النوبي، أو يا ابن الحبشي، وهذا مذهب ابن الماجشون في الواضحة.

الثالث: أنه لو قال البربري يا فارسي، أو قبطي يا حبشي أو يا نوبي، فعليه إلا أن يكون أسود أو في أقاربه أسود، وإن قال لحبشي أو نوبي يا بربري أو يا فارسي أو قبطي أو يا نبطي فلا حد عليه، وهذا يأتي على أحد قولي مالك في المدونة في وجوب الحد على الذي يقول لبربري أو رومي يا حبشي، أن عليه الحد، قال وأما العرب فإنها تحفظ أنسابها، فمن نسب أحداً من العرب إلى غير العرب، أو نسب أحداً منهم إلى غير قبيلته فعليه الحد قولاً واحداً، أو قريش من العرب والعرب ليست من قريش، فمن قال لقرشي: يا عربي لم يحد، ومن قال لعربي: يا قرشي حد. وكذلك كل قبيلتين يجمعهما أب واحد يحد من نسب أحداً من القبيلة الأعلى إلى القبيلة الأدنى، ولا يحد من نسب أحداً من القبيلة الأدنى إلى القبيلة الأعلى. انتهى.

وَفِي مِثْلِ: زَنَتْ عَيْنُكَ، أَوْ يَدُكَ، أَوْ رِجْلُكَ، الحَدُّ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ لاَ عِنْدَ أَشْهَبَ

فقول ابن القاسم في المدونة وجوب الحد، والخلاف مبني على أنه هل هو من التعريض أم لا؟ واستحسن اللخمي قول ابن القاسم، قال: إلا أن يكون بإثر ما تكلم بباطل أو يظن بذلك أو سعى فيه، وادعى أنه إنما أراد ذلك فإنه يحلف ولا يحد. واختار

جماعة قول أشهب لإضافته عليه الصلاة والسلام الزنى إلى هذه ثم قال: «**والفرج يصدق ذلك أو يكذبه**» فأخبر أن زنا هذه الأعضاء كالزنى، لكن الشاتم لم ينفِ الزنى عن الفرج كما في الحديث، واتفق ابن القاسم وأشهب على الحد إذا قال: زنى فرجك.

وَفِي مَالِكٍ أَصْلٌ وَلا فَصْلٌ ثَالِثُهَا: إِنْ كَانَ مِنَ الْعَرَبِ حُدَّ لَهُ

والحد لأصبغ وهو مقتضى اللفظ؛ لأن أصله هذا أبوه وقد نفاه عنه ونفيه لمالك، ورأى أن المقصود نفي الشرف فقط، والقول الثالث جنس لأن غير العرب لا يحافظ على نسبه. وقال ابن الماجشون: إن قاله في مشاتمة فإن لم يكن من العرب ففيه الأدب الخفيف مع السجن، وإن قال العربي حد إلا أن يعذر بجهالة، فيحلف ما أراد قطع نسبه وعليه ما على من قاله لغير عربي، وإن لم يحلف حد.

وَلَوْ قَالَ ابْنُ عَمٍّ أَوْ مَوْلَى لِعَرَبِيٍّ: أَنَا خَيْرٌ مِنْكَ - قَوْلانِ

أي: ولو قال ابن عم لابن عمه أنا خير منك، أو قال ذلك من العرب فقولان، وقد ذكرهما ابن شعبان واختار الوجوب فيهما والأقرب خلافه؛ لأن الأفضلية قد تكون في الدين والخلق أو الجميع إلى غير ذلك، إلا أن يدل البساط على إرادة النسب، وحكى في البيان ثالثاً: إن قال: خير منك نسباً حد، وإن لم يقل نسباً وقال: حسباً عليه الأدب فقط، وهو مذهب أبي حازم، وفيه نظر. وقال مطرف وابن الماجشون: يحد. قالا: وكأنه قال لست من العرب إلا أن يريد: خير منك عند الله، ومثله يشبه فيحلف ولا يحد. وقاله أصبغ، ولمالك في العتبية في مولى قال لعربي أنا خير منك وأقرب نسباً برسول الله صلى الله عليه وسلم: لا حد في هذا.

وَقَوْلُ: "لا أَبَ لَكَ" مُغْتَفَرٌ إِلا فِي الْمُشَاتَمَةِ فَيَحْلِفُ

نحوه لمالك في العتبية والموازية أنه لا شيء عليه. قال: إلا أن يريد النفي وهو مما يقوله الناس في الرضا. قال في الموازية: وأما في المشاتمة والغضب فذلك شديد ويحلف ما أراد نفيه.

وَلَوْ نَسَبَهُ إِلَى جَدِّهِ فِي الْمُشَاتَمَةِ لَمْ يُحَدَّ إِلا بِبَيَانِ الْقَذْفِ، بِخِلافِ عَمِّهِ، وَقَالَ أَشْهَبُ: يُحَدُّ فِيهِمَا. وقَالَ أَصْبَغُ: لا يُحَدُّ فِيهِمَا، بِخِلافِ خَالِهِ وَزَوْجِ أُمِّهِ

(**جَدِّهِ**) يشمل الجد للأب والأم، ونص في المدونة عليهما.

وقوله: (**فِي الْمُشَاتَمَةِ**) يؤخذ منه أن الحكم في غيرها من باب أولى.

وقوله: (**إلا بِبَيَانِ الْقَذْفِ**) هذا، قال في الموازية: قال مثل أن يتهم الجد بأمه.

وقوله: (**بِخِلافِ عَمِّهِ**) أي: فيحد، وهذا في الموازية، والفرق بينهما أن الجد أب، وقال أشهب: يحد في جده وعمه بشرط أن يكون في مشاتمة لا إن لم يكن فيها. ولا يؤخذ من كلام المصنف تقييد قول أشهب بالمشاتمة، إلا أن يقال هو فرض المسألة في المشاتمة. صاحب النوادر والباجي واللخمي وابن يونس وابن شاس، قاله أصبغ، واحتج بقول الله تعالى: ﴿ نَعْبُدُ إِلَٰهَكَ وَإِلَٰهَ ءَابَآئِكَ إِبْرَٰهِۦمَ وَإِسْمَٰعِيلَ وَإِسْحَٰقَ ﴾ [البقرة:١٣٣] وأظن أن ما نسبه المصنف لأصبغ وهم.

وقوله: (**بِخِلافِ خَالِهِ وَزَوْجِ أُمِّهِ**) أي: فإنه يحد اتفاقاً وهذا كله إذا نسبه لغير أبيه لا على وجه الاستفهام، وأما إن كان على وجه الاستفهام فلا إشكال في نفي الحد.

فَلَوْ قَالَ: يَا زَانِيَةُ. فَقَالَتْ: [٧٣١/ب] بِكَ زَنَيْتُ. فَقَالَ مَالِكٌ: عَلَيْهَا حَدُّ الزِّنَى وَالْقَذْفِ دُونَهُ لأَنَّهَا صَدَّقَتْهُ. وَقَالَ أَشْهَبُ: إلا أَنْ تَقُولَ: قَصَدْتُ الْمُجَاوَبَةَ فَعَلَيْهِ حَدُّ الْقَذْفِ دُونَهَا. وَقَالَ أَصْبَغُ: يُحَدَّانِ حَدَّ الْقَذْفِ، كَمَا لَوْ قَالَتْ: أَنْتَ أَزْنَى مِنِّي...

الأول: مذهب المدونة قال: إلا أن ترجع عن حد الزنى فعليها حد القذف؛ لأنها صدقته. وقال أشهب: عليها حد الزنى وحد القذف إلا أن تقول: قصدت المجاوبة، فيحد الرجل للقذف ولا تحد هي لقذف ولا زنا. وقال أصبغ: يحدان للقذف وليس لأحدهما الرجوع؛ لأن قولها ليس بتصديق لكن ذلك رد عليه.

وقوله: (**كَمَا لَوْ قَالَتْ: أَنْتَ أَزْنَى مِنِّي**) هي حجة ظاهرة لأصبغ إن وافقوه على الحكم فيها. وقد نقل في الموازية عن مالك مثل قول أصبغ، وقاله ربيعة وخالفهما ابن شهاب، وقال ذلك قذف وإقرار على نفسه بالزنى كالقول المتقدم.

وقول المصنف: (**يَا زَانِيَةُ**) تقديره قال لامرأة يا زانية وهكذا قال في المدونة، وظاهره أنه لا فرق مع ذلك بين زوجة ولا أجنبية، وفرق بينهما ابن القاسم في رواية يحيى في العتبية، فقال في الأجنبية كما في المدونة، وقال في الزوجة لا أرى عليها شيئاً لأنها تقول أردت إصابته إياي بالنكاح، فيدرأ عنها الحد ولا يعد منها إقراراً بالزنى. قال عنه عيسى: أو يجلد الزوج الحد إلا أن يلاعن.

ابن رشد: وهو مبني على أحد القولين في اللعان بمجرد القذف. وقال عيسى: لا حد ولا لعان. واختلف فيمن قال لرجل يا ابن الزانية، فقال الآخر: أخزى الله ابن الزانية. فقال ابن القاسم: يحلف المجاوب ما أراد قذفاً وإن لم يحلف سجن حتى يحلف. وقال أصبغ: تعريض، ويحدان جميعاً. وفي المدونة: إذا قال حر لعبد يا زاني، فقال له العبد بل أنت، نكل الحر وجلد العبد جلد الفرية أربعين. ولابن القاسم في غير المدونة: من قال لنصراني: يا ابن الفاعلة، فقال له النصراني: أخزى الله ابن الفاعلة، فيحلف النصراني ما أردت قذفه، فإن نكل سجن حتى يحلف. وقال أصبغ: يحد النصراني لأنه جواب المشاتمة ويعاقب المسلم. قال: ومن قال لرجل يا حمق فقال له: أحمقنا ابن الزانية، فهو قذف من قائله لأنه جواب الشتم واستتاراً عن القذف بذكر الحمق، وسواء كان المقول له أحمق أو حليماً.

وَلَوْ قَالَ: زَنَيْتِ مُسْتَكْرَهَةً حُدَّ، وَلاعَنَ فِي الزَّوْجَةِ فَإِنْ أَتَى بِبَيِّنَةٍ عَلَى الإِكْرَاهِ لَمْ يُحَدَّ ...

أي: حد في الأجنبية ولاعن في الزوجة، فإن أقام بينة على الإكراه سقط الحد، هذا مذهب المدونة. وفي الموازية: يحد وإن أقامت البينة لأنها ليست بذلك زانية وإنما يقال زنى

بها. ورأى أن ذلك تعريض لها بالزنى طوعاً، والأول أبين لأن ذلك مما لا تميزه العامة، وإن قال لزوجته: زنيت وأنت صبية أو كافرة، أو قال يا زانية، وقال أردت أنها فعلت ذلك قبل البلوغ والإسلام، فقال ابن القاسم في الكتاب: يحد قائل ذلك أثبت ما قاله ببينة أم لا. وقال عبد الملك: إن أثبت ذلك ببينة لم يحد وإلا حد. وقال أشهب مثل ذلك، إذا قال لزوجته يلاعن لأنه قاذف أو معرض. وعلى قول أشهب وعبد الملك كاللعان عليه إذا أثبت ما رماها به وهو أحسن، ولم يذكر ابن القاسم صفة لعانه، ويشبه أن يكون لعانه أن يشهد أربع شهادات أنه لم يرد تعريضاً ولم يرد إلا ما أثبت أنه كان في الصبا أو في الكفر، لا علم لهذه بغير ذلك ثم لا يكون عليها لعان لأنها لم تثبت أنه كان منها وهي في عصمته شيء ولا ادعاه لها إن قال لعبد أو أمة قد عتقا قد زنيتما في حال رقكما، أو قال لهما يا زانيان، ثم أقام بينة أنهما زنيا في الرق لم يحد القاذف، وحدًّا لأن اسم الزنى في الرق لازم لهما ويلزم فاعله الحد، بخلاف قوله زنيت وأنت نصرانية أو صبية.

وَلَوْ قَالَ لِجَمَاعَةٍ: أَحَدُكُمْ زَانٍ لَمْ يُحَدَّ وَلَوْ قَالَ الْجَمِيعُ

هكذا ذكر ابن المواز ولم يعين قائله. بل قال: قيل: واستبعده.

ابن رشد: إذا قام عليه الجميع لأنه يعلم أنه قال لأحدهم ولا حجة له، قال وجهه على بعد أن المقذوف لما لم يعلم من هو منهم لم يحد؛ لأن الحد إنما هو إسقاط المعرة عن المقذوف، والمعرة لم تلحق واحداً منهم فيحد له، ولا بجميعهم إذا لم يقذف واحداً.

وَلَوْ قَالَ: يَا زَوْجَ الزَّانِيَةِ. وَلَهُ امْرَأَتَانِ فَعَفَتْ إِحْدَاهُمَا وَقَامَتِ الأُخْرَى حَلَفَ مَا أَرَادَهَا، فَإِنْ نَكَلَ حُدَّ، فَقِيلَ: اخْتِلافٌ، وَقِيلَ: بِالْفَرْقِ بَيْنَ الاثْنَيْنِ وَمَا قَارَبَهُمَا، وَبَيْنَ الْكَثِيرِ...

هكذا قال في العتبية والواضحة، قال في البيان: وهكذا لو كانت له امرأة واحدة وقامت لكان القول قوله مع يمينه أنه إنما أراد البينة، وعارض الباجي هذه المسألة بالمسألة

التي قبلها، قال: ويحمل أن تكون الجماعة في المسألة الأولى خرجوا بكثرتهم من هذا التعيين، وأن الاثنين في مسألة العتبية وما قارب من ذلك في حيز العين، ويحتمل أن يكون اختلافاً، وعلى هذا فقول المصنف فقيل ليس بظاهر؛ لأن الباجي إنما ذكر احتمالين، وقد نقل ابن شاس كلام الباجي نقلاً حسناً، والله أعلم.

وَلَوْ قَالَ: أَنَا نَدْلٌ أَوْ نَغِلٌ أَوْ وَلَدُ زِنًى لَقَذَفَ أُمَّهُ

الجوهري: **النذالة**: [٧٣٢/أ] السفالة، وقد ندل - بالضم - فهو ندل، ونديل فهو خسيس، وعلى هذا فيكون ندل من باب التعريض، ونغل - بكسر الغين المعجمة -: **الجوهري**: وفلان نغل أي فاسد النسب، والعامة تقول نغل. وقال الزبيدي: النغل هو ولد الزانية. وهذه المسألة نقلها ابن شاس عن القاضي أبي عبد الله بن هارون المالكي البصري وهي ظاهرة.

ابن عبد السلام: وطرد التعليل يقتضي أن من قال لرجل ولد زنا وأنت ولد زنا، ثم عفا المقول له ذلك عن القاذف فإن للأم القيام بحقها.

وَيُحَدُّ الأَبُ لِوَلَدِهِ، وَاسْتَثْقَلَهُ مَالِكٌ، وقَالَ أَصْبَغُ: لا يُحَدُّ، وَعَلَى الْحَدِّ يُفَسَّقُ

الأول: نقله الباجي عن مالك وأصحابه، وبقول أصبغ قال ابن حبيب، وهو كقول أشهب أن الأب لا يقتل بابنه.

فقال: وقوله: (**وَاسْتَثْقَلَهُ مَالِكٌ**) ظاهره الكراهة ويحتمل المنع لقوله في تمام الرواية ليس ذلك من البر، فيكون كقول أصبغ على الحد فيفسق وتسقط عدالته. واستشكل ذلك؛ لأن تفسيقه يقتضي أن يكون معصية، وكيف يحكم له الحاكم بالمعصية. وقيل: بالتحليف أن له أن يحلفه ولا يكون جرحة، فانظر هل يأتي هذا القول هنا.

وَلَوْ قَالَ فِي مُنَازَعَةٍ: لَسْتَ بِابْنِي حَلَفَ بِخِلافِ غَيْرِهِ

هذه المسألة في المدونة وغيرها ففيها: وإن قال أنه ليس بولدي وقبلت الأم أو غيرها الحد، وقد كان فارقها أبوه، فإن حلف أنه لم يرد قذفا وأنه أراد قلة طاعته لهم لم يحد، وإن نكل حد، وإن كانت الأم حيث كان القيام لها دون بنيها، وأخذ الباجي منها أن الحد ثابت إن لم تحلف.

خليل: وقد نص عليه في المدونة كما ذكر الباجي، ولو عفا بعضهم لكان لبقيتهم القيام، والمذهب كذلك بخلاف الدم؛ لأن الدم عوضا وهو المال فلا يبطل حق من لم يعف مطلقا؛ لأنه وإن بطل في الدم لم يبطل في عوضه، وأما الحد فلا عوض عنه.

قال: وقوله: (**بِخِلافِ غَيْرِهِ**) أي: بخلاف غير الأب إذا قال في منازعة لست بابن فلان سواء كان من الأقارب أم لا كالجد والعم والخال، قال في الموازية: فإنهم يحدون، قال في المدونة والعتبية: وأما إن شتموه فلا شيء عليهم إذا كان على وجه الأدب، وكأنه لم يرى الأخ مثلهم إذا شتمه، قال في البيان: يريد إذا قرب منه في السن، وأما إن كان له عليه من الفضل والسن والعقل والسواد ما يشبه أن يكون شتمه إياه أدبا فهو كالجد والعم والخال.

ابن عبد السلام: ويحتمل أن يعود قوله: (**بِخِلافِ غَيْرِهِ**) على التنازع؛ أي: إنما تقبل منه اليمين وسقط عنه الحد في التنازع لأنه قرينة في عصيان الابن لأبيه، وأما إن لم يكن تنازع فلا يقبل منه ذلك ويحد، وظاهر المدونة سقوط الحد عنه مطلقاً.

وَالْمُلاعَنَةُ وَابْنُهَا كَغَيْرِهِا

أي: لو قال للملاعنة يا زانية حد كغيرها، ولو قال لولدها يا ابن زنى حد له؛ لأن الملاعنة لم يثبت زناها.

وَمُوجَبُهُ ثَمَانُونَ جَلْدَةً عَلَى الْحُرِّ وَنِصْفُهَا عَلَى الرَّقِيقِ

أي: الذي يوجبه القذف ثمانون بنص القرآن ونصفها على الرقيق، يعني كاملة ومبعضة، لقوله تعالى: ﴿ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى الْمُحْصَنَاتِ مِنَ الْعَذَابِ ﴾ [النساء: ٢٥] وألحق الذكر بالأنثى بقياس ألا فارق، وفي كتاب ابن شعبان على العبد ثمانون إذا قذف حرًّا؛ لأن الحد للمفعول له، واختاره اللخمي.

وَشَرْطُهُ فِي الْقَاذِفِ التَّكْلِيفُ، وَفِي الْمَقْذُوفِ الإِحْصَانُ؛ وَهُوَ الْبُلُوغُ، وَالإِسْلامُ، وَالْحُرِّيَّةُ، وَالْعَفَافُ، وَيُخْتَصُّ الْبُلُوغُ وَالْعَفَافُ بِغَيْرِ الْمَنْفِيِّ، وَإِطَاقَةُ الْوَطْءِ فِي الْمَقْذُوفَةِ كَالْبُلُوغِ ...

قال في التلقين: يراعى في ذلك تسع خصال؛ اثنان في القاذف وخمسة في المقذوف واثنان في الشيء المقذوف به، فما يراعى في المقذوف فالعقل والبلوغ والإسلام والحرية والعفة عما رمي به، ويختلف حكم البلوغ في المقذوف بالذكورة والأنوثة، فيراعى في الذكر بلوغ التكليف، وفي الأنثى إطاقة الوطء، وأما ما يراعى في المقذوف به فشيئان أن يكون القاذف بالوطء يلزمه الحد وهو الزنى واللواط أو نفي نسب للمقذوف عن أبيه فقط. انتهى.

فقوله: (**وَشَرْطُهُ فِي الْقَاذِفِ التَّكْلِيفُ**) أي: أن يكون بالغاً عاقلاً فلذلك يحد الكافر؛ لأنه وإن لم يكن مكلفاً بالفروع على أحد القولين فهو مكلف بالإيمان إجماعاً، وروي أن الكافر ينكل من غير تحديد.

ابن عبد البر: والأول أصح. واختلف في الحربي، فقال ابن القاسم: يحد. وقال أشهب: لا حد عليه.

(**وَفِي الْمَقْذُوفِ الإِحْصَانُ... إلخ**) ظاهر التصور، ومنه تعلم أن الإحصان هنا خلاف الإحصان المشترط في الرجم، إذ لا يشترط العقد الصحيح اللازم والوطء المباح.

وقوله: (**وَيُخْتَصُّ الْبُلُوغُ وَالْعَفَافُ بِغَيْرِ الْمَنْفِيِّ**) إذا رمي بزنًى أو لواط، وأما إذا نفي فلا فرق بين أن يكون بالغاً أو لا، عفيفاً أو لا، والظاهر أنه إنما يشترط البلوغ في اللواط إذا كان فاعلاً، وأما إذا كان مفعولاً به فلا، وهو أولى من الثيب في ذلك. قاله أبو محمد صالح وغيره، وما ذكره [٧٣٢/ ب] المصنف من إطاقة الوطء في المقذوفة كالبلوغ هو المشهور، وقال محمد بن عبد الحكم وابن الجهم: لا حد.

ابن عبد البر: ولا يكلف المقذوف إقامة البينة على حرابة أمه ولا عفافها، فإن أقام القاذف البينة على ما يسقط به الحد من رق المرأة أو كفرها أو أنها زانية وإلا حد حدَّ القذف. ونفي المصنف في المقذوف اشتراط العقل وأن تكون معه آلة الوطء، فلا حد على من قذف مجنوناً إذا كان جنونه من حين بلوغه إلى حين قذفه لا تتخلله إفاقة.

اللخمي: لأنه معرة عليه لو صح فإن ذلك منه. وأما إن بلغ صحيحاً ثم جن أو كان يجن ويفيق، فإن قاذفه يحد، وكذلك المجبوب إذا كان جبه قبل بلوغه لأنه مما يعلم كذب قاذفه فلم تلحقه معرة، وإن كان جبه بعد البلوغ حد، وكذلك الخصي الذي ليس معه آلة النساء.

وَيُشْتَرَطُ فِي الْمَنْفِيِّ شَرْطُ مَنْ يُحَدُّ قَاذِفُهُ إِلا فِي أَبَوَيْهِ لأَنَّ الْحَدَّ لَهُ؛ وَلِذَلِكَ لَوْ فُرِّقَ بَيْنَ يَا ابْنَ الزَّانِي أَوِ الزَّانِيَةِ وَبَيْنَ يَا ابْنَ زَنْيَةٍ ...

شرط من يحد قاذفه إنما يشترط فيه الإسلام والحرية، وأما البلوغ والعفاف فقد ذكر أنهما يختصان بغيره، وذكرنا نحن أن العقل مساو لهما، فلذلك إذا قال لحر مسلم وهو ابن كافرين أو رفيقين يا ابن الزاني أو الزانية لا حد عليه لأنه لم ينفه، وإنما قذف عبدين أو كافرين، وحد القائل له يا ابن زنية لأنه نفاه عن نسبه وهو حر مسلم، ويستثنى من هذا الصحابي. قيل: قال ابن شعبان أن من قذف أم أحدهم وهي كافرة حد حد الفرية لأنه سب له، فإن كان أحد من ولد هذا الصحابي حياً قام بما يجب له وإلا ممن قاربه من المسلمين، فعلى الإمام قبول قيامه. قال: وليس هذا لحقوق غير الصحابة لحرمة هؤلاء

بينهم. قال: وإن قال في واحد منهم أنه ابن زانية وأمه مسلمة، حد عند بعض أصحابنا حدين؛ حداً له وحداً لأمه، ولا أجعله كقاذف الجماعة في كلمةٍ لفضل هذا على غيره.

اللخمي: وإن كان الأبوان حرين مسلمين والولد كذلك، فقال رجل للولد لست لأبيك، حد للولد لقطع نسبه، وللام لأنه قذفها، فإن عفا أحدهما فإن الآخر على حقه، ويجزئ في ذلك حد واحد على قول مالك، وهو بمنزلة من قذف رجلاً وقطع نسب آخر، وإن كان الابن وحده حد القائل لقطع النسب وحده، وإن كان عفا لم يكن لأحد أبويه قيام ونكل لهما، وإن فات قبل أن يقوم، أو قيل ذلك له بعد موته كان الحق لأبيه يقوم بحده، وإن كانت الأم وحدها حرة كان الحق له خاصة لقذفها، وإن كان الأب وحده حراً لم يكن لواحد منهما قيام؛ لأنه قطع نسباً عنه وقذف ابنه، وإن كان الابن والأم حرين حد لهما، وإن كان الابن والأب حرين حد لقطع النسب خاصة، وإن كان الأبوان حرين حد لقذف الأم خاصة، وإن عفت لم يكن للأب في ذلك مقال. قال: وهذا هو الصحيح من المذهب. وقد اختلف في الوجه الذي يقصده القاطع النسب ما هو، فقيل: ذلك لأن الأم زنت به، وألحقته بهذا الأب. وقيل: لأن الأب زنى به مع غيرها التي يقول أنها ولدته. وقيل: إن ذلك من غير زنًى، ويحتمل أن يكون أتى به ولم تلده. ثم تمادى اللخمي في هذا الكلام واقتصرنا على هذا لئلا نبعد عن كلام المصنف.

وَالْعَفَافُ أَنْ لا يَكُونَ مَعْرُوفاً بِمَوَاضِعِ الزِّنَى بِخِلافِ السَّارِقِ وَالشَّارِبِ وَشِبْهِهِ

هكذا نقل في الجواهر عن الأستاذ، فقال: ومعنى العفاف ألا يكون معروفاً بالعلل ومواضع الفساد والزنى، فلو قذف معروفاً بالظلم والغصب والسرقة وشرب الخمر وأكل الربا والقذف يحد له إذا كان غير معروف بما ذكرنا ولم يثبت عليه ما رمي به، فإن ثبت أو كان معروفاً بذلك لم يحد قاذفه.

ابن عبد السلام وغيره: ومقتضى مسائل المذهب خلافه، وأنه لا يخرجه من الحد إلا أن يكون ممن حد في الزنى أو ثبت عليه في الزنى وإن لم يحد له. واختلف إذا أقام شاهدين

على إقراره بالزنى بناء على أنه هل يثبت الإقرار بمعنى هذين أم لا، وهذا في ظاهر الحكم، وأما الباطن في المدونة أن المقذوف إذا كان يعلم من نفسه أنه زنًى جاز أن يقوم بحد القذف. وقال ابن عبد الحكم: لا يجوز له القيام به. وقال ابن القاسم: إن كان المقذوف يعلم أن القاذف اطلع على زنًى وتحققه فقذفه لأجل ذلك، لم يكن للمقذوف أن يقوم بحقه. واختار بعضهم قول ابن عبد الحكم.

وَيَسْقُطُ الإِحْصَانُ بِثُبُوتِ كُلِّ وَطْءٍ يُوجِبُ الْحَدَّ قَبْلَ الْقَذْفِ أَوْ بَعْدَهُ وَلَوْ كَانَ عَدْلاً ...

قوله: (**وَيَسْقُطُ الإِحْصَانُ**) أي: المشترط هنا لا في الرجم بثبوت كل وطء يوجب الحد، فيخرج وطء البهيمة ووطء الشبهة، ووطء الشبهة قبل القذف أو بعده، ولا يعود إليه الإحصان. وإمكان الإحصان مركب من أربعة أوصاف، لزم انعدامه بانعدام وصف منها، وإنما خص المصنف - والله أعلم - الكلام بما يضاد. ووصف العفاف لأن ما عداه من الأوصاف وهي الصغر والكبر والرق بفرضية الزوال بخلاف سقوط العفاف بوجود الزنى فإنه لازم، فإنه لا يعود بعده أبداً ولو تاب المقذوف وحسنت حالته ، وهو مراد المصنف بقوله: (**وَلَوْ كَانَ عَدْلاً**) فكان بمعنى صار. **ابن عبد السلام**: وقوله: (**بِثُبُوتِ**) يقتضي أنه لا يسقط [٧٣٣/ أ] إلا بذلك، وهو خلاف ما فسر به العفاف؛ لقوله: (**لا يَكُونَ مَعْرُوفاً**) فانظره.

وَلِلْوَارِثِ الْقِيَامُ بِحَدِّ الْقَذْفِ وَلَوْ قَذَفَ بَعْدَ الْمَوْتِ

يعني: للوارث القيام بحد القذف سواء تقدم القذف على الموت أو تأخر عنه، وهذا مقيد بألا يعفو عنه بعد موته، ولو أوصى بالقيام بذلك يكون للوصي العفو، وإنما لهم القيام والعفو إذا لم يقل شيئاً.

وقوله: (**الْوَارِثِ**) مخصوص بغير الزوج والزوجة فإنه لا قيام لهما، واحترز بالوارث ممن لا يرث كابن البنت.

وقوله: (**الْوَارِثِ**) يحتمل من يرث في الجملة وإن لم يكن إلا وارثاً، وهو قول ابن القاسم، ويحتمل من يرث في الحال وهو مذهب أشهب، ويتضح لك ذلك بالوقوف على كلام اللخمي، فقال بعضهم: وفي دخول العصبة إذا لم يكن هناك من هو أقرب منهم رجال بنات، كالبنات والأخوات إذا انفردن، فقال ابن القاسم في المدونة: القيام لولده وولد ولده وأبيه وأجداده لأبيه ومن قام منهم أخذه لجده وإن كان ثم من هو أقرب منه لأنه عيب يلزمهم، ولا يقوم عصبة مع هؤلاء ولهم أن يقوموا إذا لم يكن أحد من هؤلاء، وتقوم البنات والأخوات والجدات، ولا يقوم الأخ وثم ولد أو ولد ولد وأب أو جد لأب فهم سواء، من قام لهم فله أن يحده، وإن كان غيره أقرب منه فلها الإخوة أو بنات أو أخوات أو جدات أو غيرهن ممن سميناً، فلا قيام له بحد البنت إلا أن يوصي، فأسقط قيام الإخوة والعصبة وسائر النساء. وقال أشهب: ذلك للأقرب فالأقرب، فلا قيام لابن العم مع الابن، ولا عفو ثم الابن ثم الأب ثم الأخ ثم الجد ثم العم، وكذلك قراباته من النساء الأقرب فالأقرب. وقول ابن القاسم أحسن؛ لأنه عيب يشملهم إلا العصبة فإن قبلهم ضعيف. قال اللخمي: لم يختلف أحد من نسبه يقوم له بذلك ولا أوصى بالقيام لم يقم بذلك. وهذا على القول أنه حق للمقذوف، وعلى القول أنه حق لله سبحانه وتعالى يقوم به الإمام.

فرع: وإن قذف غائباً فإن كان قريب الغيبة لم يكن لولده ولا لغيره قيام ويكتب للمقذوف في ذلك. واختلف في بعيد الغيبة، فلابن القاسم في المدونة: لا يقوم بحده ولده ولا غيره.

محمد: وقيل ذلك لولده. ولابن القاسم في الواضحة: ذلك للولد في أبيه وأمه وليس ذلك لغيره من الأقارب. واختلف على نفي الحد هل يسجن حتى يقوم المقذوف، فقال ابن الماجشون: يسجن حتى يأتي من له عفو أو قيام بالحد.

اللخمي: وظاهر المدونة أنه لا يعرض له بشيء لا من حد ولا من غيره.

وَلَوْ قَذَفَ قَذَفَاتٍ لِوَاحِدٍ أَوْ جَمَاعَةٍ فَحَدٌّ وَاحِدٌ عَلَى الأَصَحِّ. وَثَالِثُهَا: إِنْ كَانَ بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ ...

ظاهره أن الخلاف في الصورتين وليس كذلك، فإن الخلاف إنما هو في الثانية، وأما الأولى إذا قذف واحداً مرات فيكتفى بحد واحد من غير خلاف، والأصح مذهب المدونة، قال: وإن قام بها أحد يضرب له كان ذلك للضرب لكل قذف تقدمه، ولا يحد لمن قام به منهم بعد وسواء كان في مجلس أو مجالس. والقول الثاني حكاه ابن شعبان فقال: ومن أصحابنا من قال: يحد بعده من قذف سواء كان مفترقاً أو بكلمة واحدة. وخرجه الأستاذ أبو بكر على الخلاف في حد القذف هل هو حق لله أو للآدمي، ولم أقف على القول الثالث، ونقل اللخمي عن المغيرة وابن دينار أنهم إن أقاموا جميعاً فحد واحد لهم، وإن افترقوا فلكل واحد منهم حد، واختاره ابن رشد.

وَلَوْ حُدَّ ثُمَّ قَذَفَ ثَانِياً حُدَّ ثَانِياً عَلَى الأَصَحِّ

تصوره ظاهر. **محمد**: ولو قال بعد أن حد له ما كذبت عليه ولقد صدقت حد ثانياً، لأنه حد مؤتَنَف ولأن الأصل قد مضى لسبيله. وذكر أبو عمران أنه لا يحد له ثانياً بل يزجر عن ذلك فقط لأنه قد تبين كذبه بالحد ولم تبدو لذلك معرة.

وَلَوْ حُدَّ بَعْضَهُ ثُمَّ قَذَفَهُ أَوْ غَيْرَهُ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يُسْتَأْنَفُ حِينَئِذٍ إلا أَنْ يَبْقَى يَسِيرٌ فَيُكَمَّلُ ثُمَّ يُسْتَأْنَفُ، وَقَالَ أَشْهَبُ مِثْلَهُ إِلا أَنْ يَمْضِيَ يَسِيرٌ فَيَتَمَادَى وَيُجْزِئُ لَهُمَا ...

ما نسب لابن القاسم هو له في الموازية وبه قال ربيعة، وفسر محمد اليسير بمثل العشرة والخمسة عشر.

قوله: (**وَقَالَ أَشْهَبُ**) والباجي هو عندي على ثلاثة أقسام، إن ذهب منه اليسير تمادى وأجزأ الحد لهما، وإن مضى نصفه أو نحوه استأنف فكان ما بقي من الحد الأول لهما، ثم يتم المقذوف الثاني بقية حده، وإن لم يبق من الحد الأول إلا اليسير أتم الأول واستأنف الثاني، وإليه ذهب ابن الماجشون.

وَحَدُّ الْقَذْفِ مِنْ حُقُوقِ الآدَمِيِّينَ عَلَى الأَصَحِّ، وَلِذَلِكَ يُوَرَّثُ وَيَسْقُطُ بِالْعَفْوِ

الأصح ومقابله روايتان.

القاضي أبو محمد: والصحيح أنه من حقوق الآدميين بدليل أنه يورث عن المقذوف، وحقوق الله تعالى لا تورث لأنه لا يستحق إلا بمطالبة الآدمي، ولم يرتضِ صاحب المقدمات هذه الطريقة بل قال: لا خلاف أن القذف حق للمقذوف، وإنما اختلف هل يتعلق به حق الله تعالى فلا يجوز العفو عنه بلغ الإمام أم لا وهو مذهب أبي حنيفة وعليه قول رواية أشهب، ويأتي على قياس هذا أن حد القذف يقيمه الإمام إذا انتهى إليه، رفعه صاحبه أم لا أو لا [٧٣٣/ ب] يتعلق به حق الله تعالى، ولصاحبه العفر عنه ولو بلغ الإمام، وهو أحد قولي مالك في المدونة، أو هو حق لصاحبه ما لم يبلغ الإمام فيصير حقاً لله تعالى، ولا يكون لصاحبه العفو عنه إلا أن يريد ستراً وهو أحد قولي مالك.

وَعَلَيْهِمَا لُزُومُ الْعَفْوِ قَبْلَ بُلُوغِ الإِمَامِ وَتَحْلِيفِهِ عَلَيْهِ

فعلى الأصح يسقط العفو لا على مقابله، وقد تقدم هذا من كلامه في المقدمات، واعتراض ابن عبد السلام هنا عليه ليس بظاهر، ويجري أيضاً على القولين لو ادعى على القاذف أنه عفي عنه، فعلى الأصح يتوجه عليه اليمين على المشهور في توجه دعوى المقذوف كدعوى القاتل على الولي العفو على أنه حق لله لا يحلف لأنه ليس له إسقاطه. وقول ابن عبد السلام أما عدم توجيه الدعوى على أنه حق لله فصحيح، وأما توجيهها بتقدير كونه حقاً لآدمي ففيه نظر، إنما يتم أن لو كان حقاً مالياً، وأما البدني فلا ليس بظاهر.

وَأَمَّا بَعْدَهُ فَأَجَازَهُ مَرَّةً ثُمَّ رَجَعَ عَنْهُ، وَقِيلَ: يَجُوزُ إِنْ أَرَادَ سِتْراً عَلَى نَفْسِهِ

أي: بعد بلوغ الإمام، فأجاز مالك عفوه مرة، وكلامه ظاهر التصور. والقول الثاني في كلام المصنف أنه ذكره في المدونة تقييد الثاني ففيها: وكان مالك يجيز العفو بعد أن يبلغ الإمام ثم رجع فلم يجزه عند الإمام إلا أن يريد ستراً. لكن نقل أبو عمران ثلاث روايات على نحو كلام المصنف، وقيد ابن المواز إرادة الستر فقال: وهذا إذا قذفه في نفسه، وأما إن قذف أبويه أو أحدهما - وقد مات المقذوف - فلا يجوز العفو عنه بعد بلوغ الإمام. وقاله ابن القاسم وأشهب.

محمد: ويجوز عفو الولد عن الأب عند الإمام. قاله مالك وأصحابه - رحمهم الله - إذا قذفه في نفسه، وأما إن قذف أباه وقد مات، أو قذف أمه وقد ماتت، فلا عفو فيه بعد بلوغ الإمام كأبيه، وأما عن جده لأمه فلا.

ابن عبد السلام: قال في المقدمات: ويعرف إرادة الستر بأن يسأل الإمام خفية عن حال المقذوف، فإن بلغه عنه أن الذي قيل فيه الآن أمر قد سمع وأنه يخشى أن يثبت عليه أجاز عفوه، هذا معنى كلامه، وقاله أصبغ. وقيل: أن يكون ضرب الحد قديماً، فيخاف أن

يظهر عليه الآن. وفسره ابن الماجشون بأن يكون مثله يفعل ذلك، فيجوز عفوه ولا يكلف أن يقول أردت ستراً، وأما العفيف الفاضل فلا يجوز عفوه.

وَإِذَا ادَّعَى أَنَّهُ قَذَفَهُ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ لَمْ يَحْلِفْ إِلا بِشَاهِدٍ، فَإِنْ لَمْ يَحْلِفْ حُبِسَ أَبَداً اتِّفَاقاً حَتَّى يَحْلِفَ أَوْ يُقِرَّ ...

قوله: (**يَحْلِفْ**) هو الأصل، وحكى في البيان ثلاثة أقوال: **الأول**: أنه يحلف. **والثاني**: ليس له تحليفه، وهما لمالك في العتبية. **والثالث** لابن القاسم في سماع أصبغ: لا يمين عليه إلا أن يكون مشهوراً بذلك. فإن حلف على رواية أصبغ أو على قول ابن القاسم إذا كان مشهوراً بذلك برئ، وإن نكل سجن حتى يحلف ما لم يطل، فإن طال خلي سبيله ولم يؤدب. وقال أصبغ: يؤدب إذا كان معروفاً بالأذى وإن كان مبرزاً فيه خلد في السجن. وإن قام له شاهد فثلاثة أقوال:

الأول: أنه يحلف فإن نكل حبس ما لم يطل، فعلى ما تقدم هل لا يؤدب أو يؤدب إن كان معروفاً بذلك.

والثاني: إن كان معروفاً بالشتم والسفه عذر ولم يحلف، وإن لم يكن معروفاً بذلك استحلف. والقولان لملك في سماع أشهب.

والثالث: أنه يحلف مع شاهده ويحد له. روي ذلك عن مطرف، وهو شذوذ في المذهب أنه يحد في الفرية باليمين مع الشاهد.

ويتخرج في المسألة قول رابع: أنه لا يحلف مع شاهده في الفرية، ويحلف فيما دون الفرية من الشتم الذي يجب فيه الأدب. انتهى بالمعنى.

وهذا يعلم قول المصنف فإن نكل حبس أبداً اتفاقاً ليس بظاهر؛ ولذلك اعترض عليه لأن ابن المواز نقل عن ابن القاسم أنه إذا طال حبسه خلي.

السَّرِقَةُ

الجوهري: سُرق منه مالٌ يسرق سرقاً بالتحريك، والاسم السرق والسرقة بكسر الراء فيهما، وربما قالوا سرقت مالاً. وحدها اصطلاحا: أخذ المال خفية من غير أن يؤتمن عليه. ولا خفاء في تحريمها كتاباً وسنة وإجماعاً.

الْمَسْرُوقُ مَالٌ وَغَيْرُهُ. فَشَرْطُ الْمَالِ أَنْ يَكُونَ نِصَاباً بَعْدَ خُرُوجِهِ مَمْلُوكاً لِغَيْرِ السَّارِقِ مِلْكاً مُحْتَرَماً تَامًّا لا شُبْهَةَ لَهُ فِيهِ مُحْرَزاً مُخْرَجاً مِنْهُ إِلَى مَا لَيْسَ بِحِرْزٍ لَهُ اسْتِسْرَاراً ...

يعني: للسرقة أركان أولها المسروق، وهو ينقسم إلى مال وغيره، فللمال شروط تسعة:

أولها: النصاب، واحترز بها دونه.

والثاني: أن يكون نصاباً بعد خروجه، ولا يعتبر ذلك وهو في حرزه إذ يتلف منه شيء قبل خروجه.

الثالث: أن يكون مملوكاً لغير السارق، واحترز به من سرقة ما ورثه أو ما هو له وهو رهن أو مستأجر.

الرابع: أن يكون محترماً، احترازاً من سرقة ما لا حرمة له كالخمر والخنزير.

الخامس: أن يكون ملكاً تامًّا، احترز به من سرقة ما له فيه شرك.

السادس: ألا يكون له في المسروق شبهة، احترز من سرقة الأب مال ابنه، ومن سرقةٍ من غريمه المماطل جنس حقه.

السابع: أن يكون محرزاً، احترز به من [٧٣٤/أ] غيره فلا قطع فيه، كالمخلى في السوق على غير وجه العادة.

الثامن: أن يخرجه من حرزه إلى ما ليس بحرزه، وهو ظاهر.

التاسع: أن يكون استسراراً، احترز به من الأخذ اختلاساً أو مكابرة أو غصباً.

ثم أخذ المصنف يتكلم عليها أولاً فأول، فقال:

وَالنِّصَابُ رُبُعُ دِينَارٍ أَوْ ثَلاثَةُ دَرَاهِمَ أَوْ مَا يُسَاوِي ثَلاثَةَ دَرَاهِمَ. وَقِيلَ: أَوْ يُسَاوِي أَحَدَهُمَا إِنْ كَانَا غَالِبَيْنِ. وَقِيلَ: أَوْ يُسَاوِي مَا يُبَاعُ بِهِ غَالِباً مِنْهُمَا ...

يعني: إن سرق ربع دينار قطع ولا التفات إلى قيمته، وكذلك إن سرق ثلاثة دراهم خالصة ولا التفات إلى كونها تساوي ربع دينار، وأما إن سرق غيرهما فالمشهور أنه يقوم بالدراهم لأنها أعم؛ إذ قد يقوم بالقليل والكثير. وهكذا صرح الباجي وعياض بمشهورية هذا القول. فإن ساوى المسروق ثلاثة دراهم قطع وإن لم يساوِ ربع دينار، وإن ساوى ربع دينار ولم يساوِ ثلاثة دراهم لم يقطع، وسواء كانت المعاملة بالبلد بالدراهم أو بالدنانير أو بالعروض. هكذا قال معظم شيوخ المذهب، وهو نص ما في الموازية. قال في المقدمات: وما حكاه عبد الحق عن بعض شيوخ صقلية أن من سرق عرضاً في بلد لا يتعامل الناس فيه إلا بالعروض أنه يقوم في أقرب البلدان إليه التي يتعامل الناس فيها بالدراهم فخطأ صراح، إذ قد تكون السلعة في البلد المسروق فيه كاسدة وفي البلد الذي فيه الدراهم نافقة.

وقوله: (**وَقِيلَ: أَوْ مَا يُسَاوِي... إلخ... غَالِبَيْنِ**) وفي الثاني على ما إذا كان أحدهما غالباً، وهو الذي يؤخذ من كلام عياض وغيره؛ لأنه قال: وذهب غير واحد من البغداديين والمغاربة إلى التقويم إنما هو لعامة البلاد من دنانير أو دراهم، وأن معنى قوله في الكتاب: يقوم بالدراهم أنها معاملتهم، وإن كانت المعاملة بهما جميعاً بالتقويم بأكثرهما معاملة به كسائر التقويم في المقومات. وقال ابن عبد الحكم: نصاب السرقة ربع دينار من

الذهب أو قيمته فيما عداه، وأن التقويم بالذهب على كل حال في كل شيء من الفضة والعروض، فإن الثلاثة الدراهم إذا كانت أقل من صرفه ربع دينار لارتفاع الصرف لا قطع فيها. واعلم أنه اختلف العلماء في القطع هل له نصاب أم لا؟ فذهب جماعة إلى عدم اعتباره، وأن السارق يقطع في القليل والكثير لما في الصحيح عنه عليه الصلاة والسلام: «**لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده**» لكن تأوله الجمهور كما قال البخاري: قال الأعمش: كانوا يرون أنه بيض الحديد، والحبل كانوا يرون أنه يساوي ثلاثة دراهم.

واختلف القائلون بالنصاب، فقال الليثي وغيره: درهم. وقيل: درهمان. وقيل: ثلاثة دراهم. وقال أبو هريرة وأبو سعيد رضي الله عنهما: أربعة. وقال العراقيون: لا قطع في أقل من عشرة. وقيل: لا قطع في أقل من دينار أو عشرة دراهم. ومذهبنا أنه لا يقطع إلا في ثلاثة دراهم أو ربع دينار لما في الصحيحين أنه عليه الصلاة والسلام قال: «**لا تقطع يد السارق إلا في ربع دينار فصاعداً**». وفي الموطأ وغيره أنه عليه الصلاة والسلام قطع سارقاً في مجن قيمته ثلاثة دراهم، فجمع أهل المذهب بينهما.

ابن المواز: وما اعتبر فيه النصاب من ذهب أو ورق فإنما ينظر إلى وزنه كان رديئاً أو جيداً نقرة أو تبراً. ابن القاسم في العتبية: وإن لم يجز بجواز العين.

محمد: ولا ينظر إلى قيمته. **الباجي**: يريد إلى ما يزيد بصياغته، يعني كالزكاة، وأما إن كانت الدراهم تجوز عدداً فإن نقص كل درهم منها خروبة أو ثلاث حبات وهي تجوز، فلا قطع فيها حتى تكون قائمة الوزن. أصبغ: فأما مثل حبتين من كل درهم فيقطع. واختار اللخمي خلافه.

ابن رشد: وإن نقصت يسيراً وجازت بجواز الوازنة قطع بلا إشكال، وإن نقصت كثيراً وجازت كالوازنة فالصواب أن يدرأ الحد للشبهة قياساً على اعتبار النقصان في نصاب الزكاة.

أشهب: إن كانت الدراهم مقطوعة لم يقطع في ثلاثة دراهم منها.

محمد: إذا لم يكن معها نقص.

وَلا فَرْقَ بَيْنَ الْحَطَبِ وَالْمَاءِ وَالْفَاكِهَةِ وَغَيْرِهَا

نبه بذلك على خلاف أبي حنيفة أنه لا قطع فيما أصله مباح كالحطب والماء، ولا في الأشياء الرطبة المأكولة كالفاكهة. فنبه بقوله: (**لا فَرْقَ**) إلى قياس هذين النوعين على غيرهما بجامع التمول.

وَالْمُعْتَبَرُ قِيمَتُهُ بِاعْتِبَارِ الْمَنْفَعَةِ الْمَقْصُودَةِ شَرْعاً فَيُقَوَّمُ حَمَامُ السَّبَقِ وَطَائِرُ الإِجَابَةِ بِانْتِفَاعِهِ ...

يعني: أن المسروق إنما يقوم باعتبار المنفعة الشرعية، فيقوم العود والطنبور باعتبار حسنه وما فيه لا باعتبار صنعته فيقوم السمان والدرة وأبو زريق والغراب الذي يتكلم باعتبار لحمه، ويقوم حمام السبق وطائر الإجابة - أي يجيب إذا دعي كما في بعض البلابل والعصافير - بانتفاعه، على أنه ليس فيه ذلك لأنه ليس فيه غرض شرعي. وفي بعض النسخ: بانتفاعه وهي على حذف الصفة [٧٣٤/ ب] أي بانتفاعه الشرعي. وقيد اللخمي والتونسي حمام السبق بأن يكون للعب، أما لو كان ليأتي بالأخبار فيقوم على ما علم منه من الموضع الذي يبلغه.

وَفِي سِبَاعِ الطَّيْرِ الْمُعَلَّمَةِ قَوْلانِ

أي: وفي تقويم، قال ابن القاسم: تقوم باعتبار ما فيها من التعليم، كما أنه يضمن القيمة لمالكها باعتبار التعليم وإن كان التلف محرماً. وقال أشهب: يقوم كله بغير ما فيه كان بازياً أو غيره. قال: وهو نحو قول مالك في قتل المحرم إياه. واختار التونسي وغيره الأول لأن الصيد مباح، إلا أن يكون لقوم يريدون به اللعب.

وَلَوْ سَرَقَ دَنَانِيرَ ظَنَّهَا فُلُوساً أَوْ ثَوْباً دُونَ النِّصَابِ فِيهِ دَرَاهِمُ أَوْ دَنَانِيرُ لا يَشْعُرُ بِهَا قُطِعَ بِخِلافِ خَشَبَةٍ أَوْ حَجَرٍ فِيهِمَا ذَلِكَ ...

بين بهذا أن المعتبر إخراج النصاب إذا كان معتاداً، ومسألة الفلوس ذكرها ابن شاس وبقية كلام المصنف في المدونة. وقيد اللخمي الثوب فقال: إنما هو في المصرور وشبهه، وأما لو كان قميصاً حلف وقال: لم أعلم بما فيه لكانت شبهة. فحلف ويدرأ عنه القطع، أخذه ليلاً أو نهاراً. ونص في العتبية على أن الفراش والمخدة والمرفقة إذا كان فيهن ذهب يقطع، وحكى في البيان الاتفاق على ذلك.

اللخمي: وأما العصا فإنما يصدق إذا أخذها ليلاً ولا يصدق إذا كان نهاراً؛ لأنه لا يخفى إلا أن يكون أخرجها من مكان مظلم، ولو كان الذهب قد نقر له في خشبة لصدق أخرجها ليلاً. ولأصبغ فيمن سرق ليلاً عصا ما لا يفضض وفيها فضة ظاهرة ثلاثة دراهم فأكثر، فإن رأى أنه لم ينظر الفضة فلا قطع عليه إلا أن يكون ثمنها ثلاثة دراهم من غير فضة. وأقام صاحب البيان قوله في المدونة مثل قول ابن كنانة فيمن آلى لا يأخذ من فلان درهماً، فأخذ منه قميصاً فيه دراهم مصرورة، وهو لا يعلم به، ثم علم ورده أنه إن كان مما يسترجع في مثله الدراهم فهو حانث وإلا فلا. وفي نوازل أصبغ: لا شيء عليه. ولابن القاسم في المبسوط أنه حانث على أصله. تدور المدونة فيمن حلف ما له مال، وله مال ورثه لم يعلم به أنه حانث إلا أن يعلم بعلمه ورده.

ابن عبد السلام وغيره: بأن الحنث يقع بأدنى سبب، والحد يدرأ بالشبهة.

وَلَوْ تَكَرَّرَ بِمِرَارٍ مِنْ بَيْتٍ فِي لَيْلَةٍ سَرَقَ مِنْهُ مِرَاراً فِي كُلِّ مَرَّةٍ أَقَلَّ مِنَ النِّصَابِ، وَفِي الْجَمِيعِ نِصَابٌ لَمْ يُقْطَعْ، وَقَالَ سُحْنُونٌ: إِلا فِي فَوْرٍ وَاحِدٍ ...

أي: النصاب، والأول مذهب ابن القاسم في العتبية وغيرها، قال في السارق عشر مرات وكل ذلك يخرج بقيمة درهم أو درهمين: لا قطع عليه. وقال سحنون: إذا سرق

الطعام في فور واحد فيقطع. وهذا من جهة الحيلة و . . . . إلى أحد أقوال الناس. ونقل اللخمي عن مالك مثل قول سحنون، ونص على أنه خلاف لقول ابن القاسم، ولم يجعل في البيان قول سحنون خلافاً، وحمله على الطعام والمتاع الذي لا يمكنه إخراجه دفعة، قال: لأن ذلك سرقة واحدة، وحمل قول ابن القاسم على أنه إنما عاد عشر مرات لينظر ما يسرقه سوى ما سرق.

وَلَوِ اشْتَرَكَ اثْنَانِ فِي حَمْلِ نِصَابٍ، فَثَالِثُهَا: إِنْ كَانَ لا يَسْتَقِلُّ أَحَدُهُمَا قُطِعَا وَلَوْ كَانَ نِصَابَيْنِ قُطِعَا ...

اثنان فأكثر في إخراج نصاب من حرزه، ولا خلاف في قطع الجميع إذا ناب كل واحد نصاباً، **والقول** بقطع الجميع سواء كانت السرقة مما يمكن أحدهم الانفراد أم لا، حكاه ابن القصار وابن الجلاب. والقول **الثاني**: لا أعلم قائله، نعم أشار التونسي واللخمي إلى أنه القياس لأن القطع فرع عما يغرم. **والثالث**: مذهب المدونة وهو المشهور.

اللخمي: ولو كان المسروق لا يستطيع أن يخرجه اثنان فأخرجه أربعة جرت على الخلاف في الخفيفة، فإن حملوها على أحدهم وهي ثقيلة لا يستطيع أن يحملها جميعهم عليه، قطع الخارج والمعاملون عليه عند ابن القاسم. وقال أبو مصعب: لا يقطع إلا الخارج. ووافق على قطع جميعهم إذا حملوها على دابة، وفي معناها المجنون والصبي.

اللخمي: وقد اختلف في هذا الأصل إذا قربوا المتاع إلى النقب فأدخل الخارج يده فأخذه أو ربطوه له فجره الآخر وأخرجه، فقيل: يقطعون لأنهم السبب لخروجه. وقيل: لا يقطعون لأن معونتهم في داخل الحرز وهو أشبه.

تنبيه:

الخلاف الذي ذكره المصنف إنما هو إذا كانا أجنبيين، أما لو كان أحدهما أبًا لرب المسروق فلا قطع؛ لأن الأجنبي دخل بإذن من له في المال شبهة.

وَلَوِ اشْتَرَكَ فِي نِصَابٍ مَعَ صَبِيٍّ أَوْ مَجْنُونٍ قُطِعَ دُونَهُمَا

أي: لو اشترك المكلف قطع؛ لأن درأ الحد لم يكن شبهة في المال فليس كالأب، وإنما كان لعدم التكليف. اللخمي: ويختلف لو سرق مع الأجداد أو الزوجة أو الضيف، فمن أسقط الحد عن هؤلاء أسقط عن الأجنبي من لم يسقطه عنهم لم يسقط عن الأجنبي.

محمد: وإن سرق مع عبد من موضع أذن له السيد في دخوله لم يقطع الأجنبي، وإن كان في موضع لم يؤذن له فيه قطع الأجنبي. **يريد**: لأن درأ الحد عن العبد لم يكن لشبهة له في المال، وإنما درأ لأن القطع ذب عن الأموال، فإذا قطع [٧٣٥/ أ] عبده كانت زيادة عليه في المصيبة.

وَلَوْ سَرَقَ مِلْكَهُ مِنَ الْمُرْتَهِنِ أَوِ الْمُسْتَأْجِرِ، أَوْ مَلَكَهُ بِإِرْثٍ قَبْلَ فَصْلِهِ مِنَ الْحِرْزِ فَلا قَطْعَ ...

هذا راجع إلى القيد الثاني وهو قوله: (**مَمْلُوكاً لِغَيْرِ السَّارِقِ**) فلا قطع في ملكه سواء تعلق به حق الغير كالمرتهن والمستأجر أو لا كالموروث قبل إخراجه من الحرز، فإن مات رب المتاع وكان السارق وارثه، أما لو ورثه بعد خروجه أو وهب له فإنه يقطع، ولو دخل على السارق فباعه ثوباً فخرج به المشتري ولم يعلم أنه سارق لم يقطع واحد منهما. قاله اللخمي.

محمد: وإن سرق أحدهما ديناراً فقضاه الآخر قبل أن يخرج، أو أودعه إياه كان القطع على الخارج، وكذلك لو باعه ثوباً.

وَلَوْ كَذَّبَهُ الْمَسْرُوقُ مِنْهُ قُطِعَ بِإِقْرَارِهِ

يعني: إذا أقر أنه سرق من فلان شيئاً وكذبه فلان فإنه يقطع السارق لإقراره؛ يريد: ويبقى ذلك الشيء للسارق إلا أن يدعيه ربه. قال في المدونة: ومن شهدت عليه البينة أنه سرق هذا المتاع من يد هذا، فقال السارق، حلفوه أنه ليس لي فإنه يقطع، ويحلف له الطالب ويأخذه، فإن نكل حلف السارق وأخذه ويقطع. وفي رواية: فإنه يقطع إن حلف مدعي المتاع. وفي رواية: ولم يقطع إذا صدقه على ما ذكره. الثاني: أن يحلف المسروق منه أنه ليس بمتاعه. ففي المدونة: تحليفه كما ذكرنا. وفي المدونة: لا يمين عليه ولم يلزم المسروق منه الحلف أنه ما باع ولا وهب لما قامت له البينة على أن المتاع مسروق، وإنما يحلف تلك اليمين من شهد له بالملك فقط. الثالث: هل يقطع إذا وجبت عليه اليمين، فنكل وحلف السارق واستحق المسروق.

قَالَ مَالِكٌ: وَمَنْ أَخَذَ مَالاً فِي جَوْفِ اللَّيْلِ مِنْ مَنْزِلِ غَيْرِهِ، وَقَالَ: هُوَ أَرْسَلَنِي وَصَدَّقَهُ فَإِنْ أَشْبَهَ مَا قَالَ، وَإِلا قُطِعَ. وَقَالَ أَصْبَغُ: يُرِيدُ غَيْرَ مُسْتَسِرٍّ فِي وَقْتٍ يُمْكِنُ الإِرْسَالُ. وَقِيلَ: مَتَى صَدَّقَهُ لا يُقْطَعُ ...

تفسير أصبغ صحيح على أنك إذا تأملته تجده منتزعاً من قوله في المدونة: وأشبه ما قال إذا أشبه مشروط بأن يدخل من مدخل الناس ويخرج من مخرجهم في وقت يشبه. وزاد في المدونة قيداً آخر وهو أن يعرف ممن وجد معه المتاع انقطاع إلى وبه، ونصها: ولو أخذ في جوف الليل ومعه متاع، فقال: فلان أرسلني إلى داره، فأخذت له من هذا المتاع فإن عرف منه انقطاع إليه، وأشبه ما قال لم يقطع وإلا قطع ولم يصدق. فقوله: (**وَإِلا قُطِعَ**)؛ **يعني**: وإن لم يدخل من مدخل الناس ولا خرج من مخرجهم ولا أتى في وقت يشبه قطع.

عياض: وقيل: معناه أنه سرقه وأخذه خفية، وكذلك قال في الموازية.

أبو عمران: وهو تفسير المدونة. وقال غيره: إنما لم يقطعه وإن أخذه على وجه الاستسرار وبالليل لأنه لم تقم على ذلك ببينة، ولو قامت عليه بينة لم يصدق، وإن كان له إليه انقطاع كما قال في المسألة التي قبلها ولم يفصل فيها.

قوله: (**وَقِيلَ... إلخ**)؛ لأن تصديقه شبهة. ونسبه في الجواهر لعيسى.

وَلا قَطْعَ فِي خَمْرٍ وَلا خِنْزِيرٍ وَلا طُنْبُورٍ وَشِبْهِهِ إِلا أَنْ يَكُونَ فِيهِ بَعْدَ ذَهَابِ الْمَنْفَعَةِ الْفَاسِدَةِ نِصَابٌ ...

هذا راجع إلى قوله: (**مِلْكاً مُحْتَرَماً**)؛ لأن هذه لا حرمة له، إذ لا يجوز تملكها ولا بيعها. قال في المدونة: ولا قطع في الخمر ولو سرقه للذمي؛ لأن للذمي قيمته وشبهه، كمزمار وعود وصليب وصور محرمة. واختلف قول ابن القاسم في الدف والكبر، فروى أصبغ عنه في الواضحة: يقوم مكسوراً. وفي العتبية: يقوم صحيحاً. وهو أظهر؛ لأنه لا خلاف في جواز الدف في الصهر وهو الغربال، نعم اختلف في الكبر، لعل القولين فيه هما مبنيان على هذا الخلاف.

وقوله: (**إِلا أَنْ يَكُونَ**) عائد على الطنبور وشبهه. والطنبور: بضم الطاء: **الجوهري**: وهو فارسي معرب، والطنبار لغة.

وَفِي جِلْدِ الْمَيْتَةِ بَعْدَ الدِّبَاغِ ثَالِثُهَا: إِنْ كَانَتْ قِيمَةُ الصَّنْعَةِ نِصَاباً قُطِعَ

يعني: وأما قبله فلا قطع فيه قاله في المدونة وغيرها، على أنه نص في كتاب الغصب من المدونة على إلزام الغاصب قيمته، وفي غير المدونة لا شيء عليه. والقول بالقطع مبني على أنه يطهر بالدباغ طهارة مطلقة، والقول بعدمه بناء على أن بيعه لا يجوز، وأن ما لا يجوز بيعه لا تقطع فيه. والثالث مذهب المدونة، قيل لأبي عمران: كيف يقوم جلد الميتة أن لو كان يباع للانتفاع وما قيمته مدبوغاً، فما زاد إن كان مقدار ثلاثة دراهم قطع؟ وهو خلاف الظاهر من كلام المصنف قيمة الصنعة، لكن حكى الباجي قولاً كما حكاه

المصنف من تقويم نفس الصنعة وهو ظاهر المدونة، وعلى هذا فهمه صاحب البيان، لكن استشكل تقويم الصنعة، قال: لأنها مستهلكة فيه لا يمكن أن تفصل منه. قال: ولو قيل بعدم القطع على القول بجواز بيعه مراعاة الخلاف ما بعد.

أبو عمران في تعاليقه: وينظر إلى قيمته يوم دبغ، ولا ينظر إلى ما ذهب منه بمرور الأيام؛ لأن الدباغ هو الذي أجاز للناس الانتفاع به. واختار اللخمي النظر إلى قيمته يوم سرق، وهو أظهر.

وَفِي الْكَلْبِ الْمَأْذُونِ قَوْلانِ

مذهب المدونة لا يقطع خلافاً لأشهب بناء على أنه لا يقطع إلا فيما [٧٣٥/ ب] يملك ويباع أو فيما يملك فقط، وأقيم من قول ابن القاسم عدم القطع في لحم الأضحية، وقول ابن حبيب أجري على قول ابن القاسم في جلد الميتة، إلا أن الصنعة في الجلد يمكن إفرادها على طريق غير أبي عمران بخلاف الكلب، وفي الزيت النجس قولان كالكلب، أما غير المأذون فلا يقطع فيه اتفاقاً.

وَفِي الأُضْحِيَّةِ بَعْدَ الذَّبْحِ قَوْلانِ

لا خلاف في القطع إن سرقت قبله، وأما إن سرقت بعده أو سرق لحمها، فقال أشهب في الموازية: يقطع. وقال ابن حبيب: لا يقطع لأنها لا تباع في فلس ولا تورث مالاً ولكن تورث لتؤكل، وهو الجاري على مذهب المدونة في الكلب.

ابن عبد السلام: والأول أحسن قياساً على حجارة المسجد، وانظر إذا سرق الهدي قبل نحره.

بِخِلافِ لَحْمِهَا مِمَّنْ تُصُدِّقَ بِهِ عَلَيْهِ

أي: فيقطع. **ابن شاس**: قولاً واحداً. ويتخرج فيها قول بعدم القطع على أحد القولين في سرقة ما يملك، ولا يجوز بيعه كالكلب، فإن المشهور عدم جواز البيع للمتصدق عليه.

وَمَنْ سَرَقَ سَبُعاً يُذَكَّى لِجِلْدِهِ قُطِعَ، وَفِي اعْتِبَارِ النِّصَابِ بَعْدَ الذَّبْحِ أَوْ قَبْلَهُ قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ ...

لأن مالكاً يجيز ذكاة السباع لأخذ جلودها فلذلك قطع سارقها. وقال ابن حبيب: بيع جلود السباع العادية والصلاة عليها حرام، وعلى هذا لا يقطع سارقها.

اللخمي: وعلى الأول فاختلف هل تعتبر قيمة الجلد بعده أو قبله. فقال ابن القاسم: تعتبر قيمته بعده. قال في المدونة: وأما سباع الوحش التي لا تؤكل لحومها إذا سرقها رجل، فإن كان في قيمة جلودها إذا كانت دون أن تدبغ ثلاثة دراهم قطع؛ لأن لصاحبها بيع جلودها ذكى منها والصلاة عليها. وقيده أبو عمران بالسباع العادية وهي التي ينتظر إلى جلودها، وأما السباع التي لا تعدو كالهر فيقطع سارقها. وقال أصبغ: تعتبر قيمة الجلد قبل الذبح. هذا ظاهر لفظه، وعلى هذا الظاهر مشاه ابن عبد السلام، لكن النص عن أشهب في النوادر وغيرها إنما هو اعتبار قيمة السبع حيّاً.

وَلَوْ سَرَقَ مِنْ مَالِ شَرِكَةٍ لَمْ يُحْجَبْ عَنْهُ فَلا قَطْعَ، وَلَوْ حُجِبَ عَنْهُ قُطِعَ إِن كَانَ الزَّائِدُ نِصَاباً ...

هذا راجع إلى قوله: (**تَامّاً**). وتصور كلامه ظاهر، وفسر في المدونة الحجب بأن يودعاه لرجل، قال في الموازية: أو يكون على يد أحدهما.

اللخمي: على وجه الاحتراز لم يكن كذلك فهو كغير المحجوب.

قوله: (**وَلَوْ حُجِبَ عَنْهُ قُطِعَ إِن كَانَ الزَّائِدُ نِصَاباً**) ظاهره إذا زاد فوق حقه من جملة المال بثلاثة دراهم، وهو ظاهر المدونة والمنصوص لمالك. وقال ابن الماجشون وأشهب وأصبغ: إذا سرق من جملة المال ستة دراهم قطع.

اللخمي: وهو أبين لأنه إذا أخذ ستة من اثني عشر إنما يأخذها على أن نصيبه باق في الستة الباقية ولم يأخذها على وجه المقاسمة، قال: وهذا إذا كان المسروق مما يكال أو يوزن، فإن كان من ذوات القيم نظر إلى قدر قيمته خاصة؛ لأنه ليس له قسمه اتفاقاً.

بِخِلافِ بَيْتِ الْمَالِ وَالْغَنَائِمِ الْمَحُوزَةِ فَإِنَّهُ كَالأَجْنَبِيِّ عَلَى الْمَشْهُورِ

وقع في بعض النسخ عوض (**الْمَحُوزَةِ**) (المحجورة) وهما بمعنى، واحترز بذلك من الغنائم قبل الحوز فإنه لا قطع فيها بالاتفاق، ومقابل المشهور خاص بالغنائم، وإن كان ظاهر كلامه أن الخلاف فيها لأنهم لم يذكروا في القطع في حق من سرق من بيت المال خلافاً، ثم الشاذ وهو قول عبد الملك مقيد بألا يسرق فوق نصيبه ربع دينار، وأما إن سرق ذلك فيقطع باتفاق. لكن حكى الحفيد الاتفاق في بيت المال والغنائم، وقيد ابن يونس الخلاف في الجيش العظيم، وأما السرقة فتبقى على قول عبد الملك.

وَلا يُقْطَعُ الأَبَوانِ بِخِلافِ الابْنِ، وَفِي الْجَدِّ قَوْلانِ

هذا راجع إلى قوله لا شبهة له فيه، وجعله ابن شاس راجعاً إلى قيد التمام؛ لأن الأبوين لهما الشبهة في مال الابن بخلاف الابن، ولذلك لو وطئ جارية أبيه حد. ونقل ابن خويزمنداد عن أشهب وابن وهب عدم القطع إذا سرق من مال أبيه. وفي سماع ابن القاسم أن العبد إذا سرق من مال سيده يقطع. واعترضه القاضي إسماعيل للحديث: «**أنت ومالك لأبيك**» قال: وأخاف أن تكون المسألة من مال أبي سيده، وصحح أبو إسحاق المسألة ولم يعترضها. وقال يحيى بن يحيى: إن كان في حضانة أبيه لم يقطع وإن أبان عنه قطع. واختلف في الأجداد من قبل الأب والأم، فقال ابن القاسم: أحب إلي ألا يقطع لأنه أب ولأنه ممن تغلظ عليه الدية، وقد ورد: «**ادرؤوا الحدود بالشبهات**». وقال أشهب: يقطعون لأنهم لا شبهة لهم في ماله ولا نفقة. وتأول بعضهم قول ابن القاسم: أحب على الوجوب، فلا خلاف في قطع باقي القرابات.

وَلا يُقْطَعُ مَنْ سَرَقَ مِنْ غَرِيمٍ مُمَاطِلٍ مِنْ جِنْسِ حَقِّهِ، وَلا مَنْ سَرَقَ لِجُوعٍ أَصَابَهُ

لأنه له شبهة. ومفهوم قوله: (**مُمَاطِلٍ**) أنه لو لم يكن مماطلاً يقطع، وكذلك يفهم من جنس حقه؛ لو سرق من غير جنسه أنه يقطع وفيه نظر. وقد قدم المصنف في باب الدعوى إذا قدر [٧٣٦/ أ] على غيره ثلاثة أقوال، ثالثها إن كان من جنسه جاز. **فإن قلت** ينبغي قطعه على القول بأنه ليس له ذلك. **قيل**: يحتمل ذلك ويحتمل أن يقال بعدم القطع مراعاة للخلاف، والله أعلم.

والذي نقله ابن عبد البر عن مالك من رواية ابن القاسم خلاف هذا كله، فقال: وروى ابن القاسم القطع على من سرق من مال غريمه مثل دينه، وخالفه أكثر الفقهاء من أصحاب مالك وغيره، لتجويزهم له أخذ ماله من مال غريمه كيفما أمكنه، وقد روى ذلك ابن وهب وابن دينار عن مالك.

وقوله: (**وَلا مَنْ سَرَقَ لِجُوعٍ أَصَابَهُ**) أي: جوعاً شديداً يخشى معه التلف؛ لأنه حينئذٍ تجب المواساة فكان مأذوناً له في الأخذ. وروى ابن عمر رضي الله عنه: يقطع عام الزيادة.

وَالْحِرْزُ: مَا لا يُعَدُّ الْوَاضِعُ فِيهِ فِي الْعُرْفِ مُضَيِّعاً لِلْمَالِ

هذا راجع إلى قوله: (**مُحْرَزاً**). ونسب عدم التضييع لأن التضييع والحفظ أمران سيان لا ينضبطان إلا بالعرف، فقد يكون الشيء محفوظاً في مكان مضيع في غيره، ومحفوظاً بالنسبة إلى شخص دون شخص، وبهذا يندفع إيراد من أورد عليه بعض مسائل الوديعة، كمن أودع دراهم فوضعها في صحن داره فأخذها ولده أو زوجته فإنه يضمن لتضييعها، ولو سرقها سارق من أي موضع كان لقطع. وجواب ما ذكرنا وهو أنه مضيع لها بالنسبة إلى ولده، وممن يدخل عليه بإذن وبغير إذن، وحافظ بالنسبة إلى السارق. فإن قيل: يلزم أن يضمنها إذا أخذها ولده أو خادمه، ولا يضمنها إن سرقها سارق لأنه غير

مضيع بالنسبة إليه. قيل: هذا وإن كان هذا ظاهر إلا أنه عارضه أصل آخر، وهو أن الوديعة تضمن بالتفريط إذا ضاعت بالوجه الذي يتقى عليه منه سواء أخذها من يخشى عليها منه أو غيره، والمشهور على اعتبار الحرز، خلافاً لبعض أهل الحديث وبعض الظاهرية، لما رواه الترمذي وصححه عنه عليه الصلاة والسلام: «**وليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع**» ورواه النسائي عنه عليه الصلاة والسلام: «**لا قطع في كثر ولا تمر**» والكثر الجمار.

فَالدُّورُ وَالْحَوَانِيتُ حِرْزٌ لِمَا فِيهَا وَإِنْ غَابَ أَهْلُهَا، وَأَفْنِيَةُ الْحَوَانِيتِ حِرْزٌ لِمَا يُوضَعُ لِلْبَيْعِ، وَعَرْصَةُ الدَّارِ، وَسَاحَةُ الْخَازِنِ حِرْزٌ لِلأَثْقَالِ وَالأَعْكَامِ مُطْلَقاً، وَحِرْزٌ لِغَيْرِهَا لِلأَجْنَبِيِّ ...

إذ لا يعد الواضع في جميعها مضيعاً.

وقوله: (**وَإِنْ غَابَ**) نحوه في المدونة، زاد فيها: سرقه في ليل أو نهار. وفي الموازية: في مثل يبيعونها في القفاف ولهم حصير يعطونها بالليل وذلك بأفنية حوانيتهم، فقال صاحبها لحاجة وتركها بحالها، فقال: لا قطع على من سرق منه.

اللخمي وغيره: وفرق بين ما ثقل نقله ويخف. ولم يرَ ذلك في تابوت الصيرفي وإن كان مبنياً؛ لأن ما يعمل فيه مما يخف نقله. ونص ابن القاسم على القطع في تابوت الصيرفي يقوم عنه صاحبه لحاجة، وقاله أشهب، قال: ولا فرق بين المبني وغيره إلا أن يكون شأنه أن يتصرف به كل ليلة فنسيه فلا قطع على أخذه، ولا إشكال في أن الحوانيت حرز لما فيها إذا كان صاحبها فيها.

اللخمي: والسارق من البزاز إذا أطلعه حانوته على ثلاثة أوجه، إن كان دفع إليه شيئاً ليقبله أو ليختار منه وأباح له أن يقلب صنفاً فسرق منه لم يقطع منه، وإن مد يده إلى غيره من المتاع مما هو إلى جانبه لم يقطع عند مالك، وقطع على قول عبد الملك، والأول أشهر لأنه

كالمرتهن عليه، وإن سرق من تابوت المتاع لم يقطع على أحد القولين في الضيف، والقطع أبين. وإن سرق من الحانوت من لم يؤذن له في طلوعه، ولا أن يتناول منه قطع، وإن أذن له أن يقلب منه شيئاً لم يقطع وإن كان لم يطلعه، وإن غاب على حانوته وترك متاعه على حاله ولا أحد معه قطع سارقه. انتهى.

ابن عبد البر: وإن سرق من حانوت تاجر في سوق كبيرة أو صغيرة في ليل أو نهار ما يقطع في مثله قطع، إلا أن تكون فيه سارية لها أبواب وحيطان محدقة بها، فإنها بالليل خاصة حرز واحد، ولا قطع عليه حتى يخرج منها بسرقته.

قوله: **(وَعَرْصَةُ الدَّارِ.... إلخ)** **العرصة** لغة: كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء. قاله الجوهري. والمراد هنا قاعة المدار. **والأعكام**: جمع عكن بالكسر.

الجوهري: العدل. وأراد بالإطلاق أنه لا فرق بين الأجنبي والساكن معه.

ابن عبد السلام: ويتعين هنا أن يريد المصنف بعرصة الدار المشتركة المأذون فيها لأهلها ولغيرهم؛ لعطف ساحة الخازن عليها، والمعنى على هذا التقدير أن ما وضع في عرصة هذه الدار وساحة الخازن من الأوعية العظيمة أو مما يثقل، قطع سارقه كان من أهل الدور أو من غيرهم، وإن وضع ما يخف ثقله فموضعه حرز على الأجنبي وحده. انتهى.

ورد بأن ساحة هذه يستوي فيها الأجانب وغيرهم، ولا يقطع من سرق من ساحتها ما يخف ثقله كان أجنبيًّا أو غيره، نص عليه في المدونة وغيرها. وعلى هذا فيحمل كلام المصنف على الدار المشتركة بين ساكنيها المحجورة من غيرهم، والحكم فيها كما ذكر المصنف. قال في المقدمات: والدور ستة:

الأولى: أن يسكنها وحده ولا يأذن فيها لأحد، فهذه كل من سرق منها فأخرجه من الدار قطع اتفاقاً، [٧٣٦/ ب] وهذه تندرج في قول الشيخ: فالدور والحوانيت حرز.

الثانية: أن يأذن فيها ساكناً أو مالكاً الخاص من الناس كالضيف، أو يبعث رجلاً إلى داره ليأتيه من بعض بيوتها بشيء، فاختلف إذا سرق الضيف أو الرجل المبعوث من بيت مغلق قد حجر عليه دخوله على قولين: أحدهما قوله في المدونة والموازية: أنه لا يقطع وإن خرج بها سرق من جميع الدار؛ لأنه خائن وليس بسارق. الثاني: قول سحنون: أنه يقطع إذا أخرجه إلى الموضع المأذون فيه كالشركاء في الساحة، يخرج به من جميع الدار، وليس ذلك بصحيح؛ لأنه نص في المدونة والموازية أنه خائن وليس بسارق، ولا يقطع خائن على حال.

الثالثة: أن ينفرد الرجل بسكناها مع زوجته عن الناس، واختلف إن سرقت الزوجة أو أمتها من مال الزوج من بيت قد حجر عليهما، أو أخلفه دونها، أو سرق الزوج أو عبده من مال الزوجة من بيت حجرته عليه على قولين: أحدهما: أنه يقطع من سرق منهما إذا أخرجه من البيت المحجور وإن لم يخرج عن جميع الدار، وهو ظاهر المدونة ونص قول سحنون، كالمتجائزين بالسكنى في الدار الواحدة؛ لأنه إذن محكوم به في الموضعين. وحكى عبد الحق أن لمالك في الموازية أنه لا يقطع حتى يخرج به من الدار وليس بصحيح؛ لأنه نص في أول المسألة على أنه لا يقطع وإن خرج به من الدار، فيتأول ما وقع له في آخرها على الأجنبي ولا تناقض.

الرابعة: ذات الإذن العام، كالعام والطبيب يأذن للناس في دخولهم إليه، فيقطع من سرق من بيوتها المحجورة إذا خرج بالسرقة عن جميع الدار؛ لأن بقية الدار من تمام الحرز إذ لا يدخل إلا بإذن، وفارق الضيف خص بالإذن فصار له حكم الخائن بائتمانه، ولا يقطع من سرق من قاعتها وما لم يحجر عليه من بيوتها اتفاقاً.

الخامسة: المشتركة بين ساكنيها المباحة لجميع الناس كالفناديق وقاعاتها كالمحجة، فمن سرق من بيوتها من الساكنين أو غيرهم وأخذ في قاعتها قطع بالاتفاق.

والسادسة: الدار المشتركة بين ساكنيها المحجورة على الناس، فلا خلاف أن الساكن يقطع من سرق منهم من بيت صاحبه إذا أخذ، وقد خرج بسرقة إلى قاعة الدور، وإن لم يخرج بها عن الداخل ولا يدخلها بيته أو خرج به عن الدار، إلا أن يكون الذي سرق من قاعتها دابة من مربطها المعروف لها أو ما أشبه ذلك من الإعظام، فحكم من سرق ذلك حكم من سرق من بيت من البيوت. واختلف إن سرق الأجنبي من بيت من بيوت الدار وأخذ في قاعتها، أو سرق ما وقع في قاعتها كالثوب، فيؤخذ خارجها على أربعة أقوال: فقيل: يقطع فيها. وهو نص الموازية، وهو ظاهر ما في المدونة في الوجه الأول دون الثاني. وقيل بعكسه، وعليه حمل عبد الحق المدونة.

وَمَوَاقِفُ الْبَيْعِ حِرْزٌ لِمَبِيعٍ، وَإِنْ غَابَ أَهْلُهُ مَرْبُوطَةً أَوْ غَيْرَ مَرْبُوطَةٍ

هو ظاهر، ونحوه في المدونة. قال اللخمي: وقال أبو مصعب: من سرق شاة مربوطة من السوق قطع. وحمله اللخمي على الخلاف الأول أحسن؛ إذ لم يذهب صاحبها عنها لأنها حرز لها، وإن لم يكن معها لم يقطع في الشاة الواحدة؛ لأن الغالب أنها لا تثبت في موضعها، وإن كانت كبيرة قطع.

وَمَوَاقِفُ الدَّارِ الْمُتَّخَذَةِ لِذَلِكَ كَذَلِكَ كَفِنَائِهِ وَبَابِ دَارِهِ

أي: لذلك؛ أي: للبيع كذلك؛ أي: حرز لموافقة الأمتعة. قال في الموازية: وإن سرق منها من أذن له في نقلها لم يقطع.

اللخمي: وإن تعامل عليه رجلان فكان أحدهما يسوم ويقلب، والآخر يسرق قطع الذي سرق وحده.

وقوله: (**كَفِنَائِهِ وَبَابِ دَارِهِ**) تشبيه لإفادة الحكم؛ أي: وكذلك يقطع من سرق الدواب التي في فنائه وباب داره. وظاهر كلامه سواء كانت مربوطة أم لا، وهو خلاف

ظاهر المدونة، ففيها ومن حلها من مالكه المعروفة لها فأخذها قطع، وخلاف نص الموازية ففيها: وأما الدابة بفنائه المعروف مربوطة أو على مرودها، والبعير المعقول بمعتاد أو موضع معروف يأكل عليه، فمن سرقه من مثل هذا قطع، وأما إن كان ليس بفناء معروف أو كان مخلى سبيله فلا قطع، ولو شاء قال: وجدته ضالاً.

بِخِلافِ بَابِ الْمَسْجِدِ وَالسُّوقِ إِلا أَنْ يَكُونَ مَعَ حَافِظٍ

(السُّوقِ) معطوف على باب؛ أي: خلاف باب السوق، والأول هو الذي في الجواهر لقوله: فإن كانت الدابة بباب المسجد أو بالسوق لم تكن محرزة.

ابن عبد السلام: وما ذكره المصنف ظاهر في باب المسجد، وأشار إلى أنه يخرج الخلاف في السوق من مواقف الدواب للبيع.

وَظُهُورُ الدَّوَابِّ حِرْزٌ

ظاهره سواء كان معها أهلها أو لا، وهو مقتضى المدونة، يقطع من سرق من الحانوت أو البيوت غاب أهلها أو لا، وكذلك ظهور الدواب. وفي اللخمي: من سرق من المحمل كان فيه صاحبه أو لم يكن قطع، وهو كالخباء الأعلى.

قال محمد بن عبد الحكم: لا يقطع إلا أن يكون معه صاحبه. وفي البيان: المحمل الذي على البعير كالسرج الذي على الدابة، فمن سرقه أو سرق شيئاً منه قطع، إلا أن يكون نخلاً في غير حرز ولا حارس، فلا يكون على صاحبه [٧٣٧/ أ] قطع، كما لو سرق الدابة بسرجها وهي مخلاة.

وَخِبَاءُ الْمُسَافِرِ حِرْزٌ لِنَفْسِهِ وَلِمَا فِيهِ وَخَارِجِهِ وَإِنْ غَابَ صَاحِبُهُ

الضمائر في نفسه وفيه وخارجه، كلها عائدة على الخباء.

وقوله: (**وَخَارِجِهِ**) الأقرب أنه مجرور بالعطف على ما قبله، ولهذا وقع في بعض النسخ: (وبخارجه)، وجعل ابن عبد السلام خارجه مرفوعاً بالابتداء، والخبر محذوف؛ أي: خارجه حرز لما فيه، ولا حاجة لذلك. قال في البيان: ولا خلاف أنه حرز وإن غاب عنه هله؛ لأنه قد صار الموضع الذي ينزله من الفلاة منزولاً، وحرز المقاعد لا شركة لأحد فيه، وإن كانوا جماعة مسافرين ضربوا أخبيتهم، فسرق بعضهم بعضاً قطع السارق، ويريد ما لم يكونوا من أهل خباء واحد. ونقل اللخمي عن محمد بن عبد الحكم عدم القطع، وإن لم يكونوا من أهل خباء واحد، ويؤخذ من كلام اللخمي في سرقة الخباء قولان، فإنه قال: قال مالك في المدونة: إذا وضع المسافر متاعه في خبائه أو خارجاً عن خبائه، وذهب لاستقاء ماء أو لحاجة وترك متاعه قطع سارقه. قال: ومن ألقى ثوبه في صحراء، وذهب لحاجة وهو يريد الرجعة ليأخذه فسرقه رجل، فإن كان منزلاً نزله قطع سارقه وإلا لم يقطع. وقال أشهب في الموازية: إن طرحه بموضع ضيعة فلا قطع فيه، وإن طرحه بقرب منه أو من خبائه أو خباء أصحابه فإن كان سارقه من أهل الخباء قطع. وقاله يحيى بن جبير. وقال سحنون: إنما الأمر في الخباء، فإن لم يكن في الخباء فلا قطع.

وَالْقِطَارُ كَذَلِكَ سَائِرَةً أَوْ وَاقِفَةً

القطار: الإبل المربوطة بعضها ببعض.

وقوله: (**كَذَلِكَ**) أن من سرق منها أو ما عليها قطع، وإن غاب أهلها، هذا مقتضى التشبيه، ولا يشترط كذلك مقطورة، فلمالك في الموازية: وإذا سيقت الإبل غير مقطورة فمن سرق منها قطع، والمقطورة أبين، وكذلك الرواحل، قال: وكذلك الإبل إذا سيقت والدواب إلى المرعى.

وَالسَّفِينَةُ حِرْزٌ لِمَا فِيهَا إِذَا أُرْسِيَتْ أَوْ كَانَ مَعَهَا أَحَدٌ

حاصله: أن السفينة حرز لأحد أمرين، إما بالإرساء سواء كان معها أحد، سواء كانت مرساة أم لا، وليس بجيد لأن هذا إنما هو في سرقتها نفسها، وأما في سرقة ما فيها فلا، وحكمها حكم صحن الدار مشتركة بين السكان فيها قاله في البيان، فإن سرق بعد الرقاب من بعض وهو على متاعه قطع وإن لم يخرج من السفينة، وإن قام عنه لم يقطع وإن خرج به عنها، وإن سرق منها أجنبي وصاحب المتاع على متاعه، فأخذ السارق قبل أن يخرج منها قطع على اختلاف، وإن لم يكن على متاعه لم يقطع اتفاقاً، وأما إن خرج بما سرق منها فإنه يقطع كان صاحب المتاع معه أم لا، وأما سرقة السفينة فكما ذكره المصنف إن أرسيت للمرسى، أو على قرية تصلح للمرسى.

اللخمي: واختلف إذا أرسيت في قرية، وقال ابن القاسم: إذا نزلوا منزلاً ربطوها فيها، وذهبوا لحاجتهم ولم يبق منهم أحد قطع، وقال أشهب في الموازية: لم يقطع كالدابة إذا ربطت في موضع لم تعرف فيه.

وَالْمَطَامِيرُ فِي الْجِبَالِ وَغَيْرِهَا

ظاهره سواء كانت بالحضرة أو لا والمنقول عن مالك في العتبية والموازية خلافه، بقوله: أما ما كان في الفلاة قد أسلمه صاحبه، فلا أرى فيه قطعاً، وأما ما كان بحضرة أهله معروف، فعلى من سرق منها ما قيمته ثلاثة دراهم القطع.

وَالْقَبْرُ حِرْزٌ وَإِنْ كَانَ فِي الصَّحْرَاءِ

نحوه في المدونة؛ أي: فيقطع من أخرج منه من الكفن ما قيمته ثلاثة دراهم، وهو قول عائشة رضي الله عنها، قالت: **سارق موتانا كسارق أحيائنا**، ونقل مالك في الموطأ العمل عليه، وبه قال الجمهور خلافاً للحنفية ، وأقام بعضهم من مسألة المطامير قولاً بأنه لا يقطع في القبر إلا أن يكون قريباً من الديار.

وَالْبَحْرُ لِمَنْ رُمِيَ فِيهِ كَالْقَبْرِ

لأنه رمي فيه على وجه الحفظ فأشبه القبر.

وَالْجَيْبُ وَالْكُمُّ حِرْزٌ لِمَا فِيهِمَا

وكذلك الكف وسواء كانت مصرورة أم لا، وهذا مقيد بغير أهل الصنع، فإنه ليس الكم حرزاً مع بعضهم بعضاً، رواه ابن وهب وأشهب عن مالك وقاله ابن الماجشون، ونص على القطع إذا سرق أحد المصلين من كم الآخر؛ لأنه لم يأذن أحدهما للآخر في الكون هنا والأحكام جرت إليه، واختار اللخمي القطع في المنع إذا سرق من كم صاحبه، قال: وإن سرق نعلين من جملة النعال لم يقطع؛ لأنه مأذون له ومؤتمن عليه معها وإن يسيرة من جملتها فيصير خائناً.

وَكُلُّ شَيْءٍ مَعَ صَاحِبِهِ أَوْ بَيْنَ يَدَيْهِ فَهُوَ مُحْرَزٌ

هو ظاهر ويقع في بعض النسخ قبل هذه كلية أخرى: (وكل شيء له مكان فمكانه حرز) وهي أيضاً ظاهرة.

اللخمي: والأحراز ثلاثة: **أحدها**: ما حده الغلق وشبهه كالدور والحوانيت، **والثاني**: الإنسان لما عليه أو معه أو كرسيه وهو يقظان أو نائم، فمن سرق من هذين قطع بلا خلاف، **والثالث**: ما عداهما كالذي يجعل في الأفنية وعلى الحبل ففيه اضطراب.

فرع:

في المدونة: ومن جر ثوباً منشوراً على حائط بعضه في الدار وبعضه خارج إلى الطريق لم يقطع؛ لدرء الحد بالشبهة، إذ بعضه في موضع الإباحة، وروي عن ابن القاسم وغيره أنه يقطع بمنزلة ما [٧٣٧/ ب] على البعير، واختلف عن مالك فيما على حبل الصباغ

والقصار، وقال في الغاسل: يخرج الثياب إلى البحر يغسلها وينشرها، وهو معها يسرق منها أنه يقطع بمنزلة الغنم في مراحها.

وَالْحَمَّامُ بِالْحَارِسِ حِرْزٌ، وَبِغَيْرِهِ حِرْزٌ عَنِ النَّقْبِ وَالتَّسَوُّرِ

يعني: أن الحمام إما أن يكون بحارس أم لا، فإن كان فهو حرز.

أبو عمران: وسواء أقامه صاحب الثياب أو صاحب الحمام؛ لأنه أقيم للحفظ فيهما، وقيده اللخمي بما إذا لم يأذن له الحارس في تقليب الثياب، فقال: إن سرق من الحارس من ليس له عنده ثياب قطع، إلا أن يوهمه أن له عنده ثياباً فأذن له في النظر في الثياب فلا يقطع، وإن كان له عنده ثياب فناوله إياه الحارس، فمد يده إلى غيرها قطع.

ابن رشد: وحيث قلنا بالقطع فذلك ما لم يدع أنه أخطأ، فإن ادعاه صدق إذا أشبه، قال: وإن كان معها من يحرسها فلا قطع حتى يخرج بها إن كان داخلاً يتحمم لأنه أذن له، وإن دخل للسرقة فأخذ قبل أن يخرج فيجري على الاختلاف في سرقة الأجنبي من بعض بيوت الدار المشتركة، وأما إن لم يكن بحارس، ففي المدونة كما قال المصنف: **(وَحِرْزٌ عَنِ النَّقْبِ وَالتَّسَوُّرِ)** أي: لأنه لا يؤذن له في الدخول على هذا الوجه، وإنما أذن له في الدخول من الباب.

عياض: وقد تشكل هذا المسألة على كثير ممن لم يذاكر، فيظن أنه إنما يقطع من نقب الحمام، ولم يدخل من بابه وليس كذلك، بل كل من دخل الحمام وسرق من نقب أو غيره ممن لم يدخل مع الناس داخل الحمام، أو اعترف أنه جاء لقصد السرقة فإنه يقطع؛ لأن العلة في سقوط القطع الإذن العرفي بالتصرف في ثياب بعضهم فتنحيها ليسعون لأنفسهم أو ثيابهم، بخلاف من اعترف أنه لم يدخل الحمام إلا للسرقة فإنه أذن له. انتهى. ولهذا قال اللخمي بالقطع بالثياب التي في الطيقان سواء كان ممن دخل الحمام أم لا؛ لأنه لا إذن له فيها، وإنما هي لمن سبق إلا أن تكون لهم عادة في المشاركة والتوسع في ذلك طيقاناً كباراً.

وَالْمَسْجِدُ حِرْزٌ لِبَابِهِ وَسَقْفِهِ

لم يذكر في ذلك خلافاً، لكن اختلف في بلاط المسجد هل يقطع سارقه، ويعسر الفرق بينه وبين باب المسجد، وكلامه يقتضي أنه لا يقطع حتى يخرج بذلك من المسجد؛ لجعله المسجد حرزاً، والصواب لو قال: وموضع الباب والسقف حرز؛ لأنه يجب القطع وإن لم يخرج من المسجد، نص عليه صاحب البيان وغيره، ونص عليه مالك في الواضحة في البلاط والحصر والقناديل.

وَفِي الْقَنَادِيلِ ثَالِثُهَا: حِرْزٌ إِنْ كَانَ عَلَيْهَا غَلْقٌ

القول بالقطع كان عليها غلق أم لا لمالك، وسُوِّي بين الليل والنهار، وقاله ابن الماجشون وأصبغ، ومقابله لأشهب نظراً إلى الإذن، ورأى في الأول أن الإذن ليس من قبيل المالك حتى يكون كالضيف، وإنما هو شيء أوجبه الحكم، فلا يرفع القطع، والقول الثالث: لم أَرَهُ هنا منصوصاً، نعم أشار اللخمي إلى تخريج قول ابن القاسم الذي في الحصير: إن سرقها نهاراً لم يقطع وإن تعدى عليه ليلاً يقطع، ولما أخذ يوجب ذكره على نحو ما ذكره المصنف، فجعل الليل عبارة عن الغلق.

وَفِي الْحُصْرِ إِنْ رُبِطَ بَعْضُهَا بِبَعْضٍ

القطع لمالك، ومقابله لأشهب كما ذكرنا، والثالث لابن القاسم، والرابع لسحنون فرق بين ما يخف نقلها وما لا يخف.

اللخمي: وعلى قوله: لا يقطع في القناديل ويقطع في بلاطه.

وَالْبُسُطُ الْمَتْرُوكَةُ فِيهِ كَالْحُصْرِ بِخِلافِ مَا يُحْمَلُ وَيُرَدُّ إِلا أَنْ يَكُونَ مَعَهَا حَافِظٌ

ظاهره أن الأقوال الأربعة جارية هنا، ولعلها بالتحريم إذ ليست منصوصة هنا، ويحتمل أن يكون مراده بحكايته التشبيه الواقع في رواية ابن الماجشون، قال في الرواية: إذا

كانت الطنافس تترك فيها ليلاً ونهاراً فهو كالحصر، وأما طنافس تحمل وترد وربما نسيها صاحبها فلا يقطع فيها وإن كان على المسجد قفل؛ لأن الغلق لم يكن من أجله ونحوه لابن القاسم.

فرع:

نقل ابن الماجشون عن مالك: القطع في حلي باب الكعبة، مالك: ولا قطع فيما سرقه من حلي الكعبة، قال الشيوخ: معناه إذا سرق في وقت فتحه، وإن سرق منه في وقت لم يؤذن فيه ولم يفتح قطع، مالك: وإن كان في المسجد بيت لحصره أو لزكاة الفطر أو غير ذلك، فلا قطع من دخله بإذن، ويقطع من لم يدخله بإذن إذا أخرجه إلى المسجد، وإن وضعت زكاة الفطر في المسجد؛ يعني: وليس ببيت ولا يقطع إلا أن يكون معها حارس، قاله مالك واختاره ابن حبيب، ونقل في البيان قولاً آخر بأنها كالحصر يقطع فيها وإن لم يكن لها حارس، وأشار اللخمي إلى أنه يدخل على هذا الخلاف الذي في الحصر. ابن القاسم: وإن جعل ثوبه قريباً منه، ثم قام يصلي فسرقه رجل قطع إذا أخذ وقد قبضه قبل أن يتوجه به، قال: ولو قلت لا يقطع حتى يتوجه، لقلت لا يقطع حتى يخرج من المسجد.

وَلا يُقْطَعُ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ إِلا فِيمَا [٧٣٨/أ] حُجِرَ عَنْهُ فِي مَسْكَنٍ آخَرَ

قد تقدم في هذا خلاف في الدار الثالث من كلام ابن رشد.

عياض: ولا خلاف فيما سرقه أحد الزوجين من صاحبه فيما لم يغلقه دونه ولم يحجره عنه، ولا خلاف في القطع في سرقة أحدهما من الآخر ما هو خارج عن مسكنه ما لم يؤذن له في التصرف فيه.

وَيُقْطَعُ وَلَدُ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ وَعَبْدُهُ فِيمَا حُجِرَ عَنْهُ إِنْ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ فِي دُخُولِهِ

هذا الفرع من بعض النسخ وهو الأظهر؛ لأنه إذا قطع أحد الزوجين فيما حجر عنه، فأن يقطع ولد أحدهما أو عبده من باب أولى.

وَلا يُقْطَعُ الْعَبْدُ فِي مَالِ سَيِّدِهِ

يعني: وإن سرق من موضع محجور وهذا هو المشهور، وقال أبو مصعب: يقطع إذا سرق من موضع حجب عنه، وفي مختصر الوقار نحوه، والأول مذهب الجمهور، وقاله عمر وابن مسعود رضي الله عنهما.

ابن عبد البر: ولا أعلم لهما مخالفاً من الصحابة والتابعين، ورجح أيضاً بأن للعبد شبهة في مال سيده بالاتفاق عليه منه، وليس معاوضة كالزوجة، ولأن القطع حفظ المال، وفي القطع هنا زيادة عليه في المال، قال في الموازية: كذلك لا يقطع العبد المشترك إذا سرق من أحد سيديه، والمكاتب كالعبد نص عليه في المدونة.

وَلا يُقْطَعُ الضَّيْفُ، وَلا مَنْ دَخَلَ فِي صَنِيعٍ

هذه هي الدار الرابعة المتقدمة من كلام ابن رشد، **الصنيع**: الطعام يعمل سواء كان لقوم مخصوصين أم لا.

وَلا قَطْعَ فِي تَمْرٍ مُعَلَّقٍ حَتَّى يُؤْوِيهِ الْجَرِينُ

قد تقدم هذا في الحديث، وظاهر كلامه أنه لا فرق بين أن يكون في حائط عليه غلق أم لا، وهو قول ابن الماجشون قال: إذا كان الحائط محصناً مغلقاً على ما فيه، وفيه التمر والودي واللَّقَط، فما سرق من تمر على النخل أو ودي أو لقط فلا قطع فيه، ويقطع فيما كان من المربد من قبل أن اللَّقط بمنزلة ما في رءوسها، وقال ابن المواز: إنما يريد بالحديث في التمر الحرز، قال: ولو دخل السارق داراً فسرق من تمرها المعلق في رأس النخلة، أو كان مجدوداً في منزله لقطع، إذا بلغت قيمته على الرجاء والخوف ربع دينار، وألزمه اللخمي إذا كان النخل والكرم وغيرها عليه غلق، وعلم أنه احتيط عليه من السارق أنه يقطع؛ لأنه جعل الوجه وجود الحرز وعدمه، وظاهر قوله: (**حَتَّى يُؤْوِيهَا الْجَرِينُ**) أنه

لا قطع فيه حتى يؤويه الجرين، واختلف إذا سرق منه بعد حصاده، وهو في موضع لينقل منه إلى الجرين على ثلاثة أقوال، يفرق في الثالث بين أن يضم بعضه إلى بعض فيجب القطع أو لا فلا قطع، ولا خلاف في القطع إذا كان عليه حارس، وأيضاً لا خلاف في القطع إذا سرق منه في حال نقله من أجل أنه حامله، وهل لا يقطع في الجرين إلا أن يكون قريباً من البيوت أو يقطع مطلقاً قولان.

وَلا فِيمَا عَلَى صَبِيٍّ أَوْ مَعَهُ مِنْ حُلِيٍّ أَوْ ثِيَابٍ إِلا بِحَافِظٍ

هذا مقيد بقيدين:

أولهما: ألا يضبط الصبي ما بيده أو معه، وقال في المدونة: وإذا كان مثله يحرز ما عليه، قطع سارقه مستسراً.

وثانيهما: ألا يكون في حرز كدار أبويه، فإن كان في دارهما قطع، إلا أن يكون السارق أذن له في الدخول.

وقوله: (**إِلا بِحَافِظٍ**) ظاهر، ولا خلاف فيه، ابن القاسم: وإن أخذ ذلك على وجه الخديعة كسرقة الصبي أو كافر، كان فيه الأدب، والمجنون كالصبي، وجعل اللخمي النائم مثله، قال: وليس في حديث صفوان حيث توسد رداءه فسرق أنه كان نائماً.

وَلَوْ نَقَلَهُ وَلَمْ يُخْرِجْهُ لَمْ يُقْطَعْ

هذا راجع إلى قوله: (**مُخْرَجاً**)؛ يعني: ولو نقل السارق المتاع في الحرز من مكان إلى مكان، أو عقده ليرفعه ثم أخذ لم يقطع، ولا نعلم في ذلك خلافاً.

وَلَوْ نَقَبَ وَأَخْرَجَ غَيْرُهُ فَإِنْ كَانَا مُتَّفِقَيْنِ قُطِعَا وَإِلا فَلا قَطْعَ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا

إذا تعاونا فإن فعلهما كفعل واحد، ولا يبعد أن يخرج فيها قول بقطع الخارج فقط، كما قيل: إذا ربطها أحدهما وأخرجها الآخر، وأما إذا لم يتعاونا فقال ابن شاس وغيره: لا قطع

على واحد منهما كما قال المصنف، ووجهه: أن مجرد النقب لا يوجب القطع، ولما حصل النقب لم تبقَ حرزاً، والظاهر أنه خلاف ما في المدونة، ففيها: ولو قربه أحدهما إلى باب الحرز أو النقب فتناوله الخارج، قطع الخارج وحده؛ إذ هو أخرجه ولا يقطع الداخل.

اللخمي: وقال أشهب في الموازية: يقطعان جميعاً، فإن قيل مسألة المصنف؛ لأنه قال في المدونة: ولو قربه قيل: التقريب وصف طردي لا تأثير له بالنسبة إلى الخارج.

وَلَوِ اتَّفَقَا فِي النَّقْبِ خَاصَّةً فَالْقَطْعُ عَلَى مَنْ أَخْرَجَ

إن تعاونا في النقب خاصة، وإن تولى أحدهما بعد ذلك الإخراج قطع وحده؛ لأن الإخراج لم يحصل منه إلا النقب.

فَلَوْ نَاوَلَهُ الآخَرُ خَارِجَهُ فَالْقَطْعُ عَلَى الدَّاخِلِ

لا إشكال في قطع الخارج لإخراجه المتاع من حرزه، وفي الداخل قولان، قال ابن القاسم في المدونة وغيرها: لا يقطع لإعانته في الحرز، وقال أشهب: يقطعان، واختلف إذا ناول من هو في أسفل الدار من هو في أعلاها: هل يقطع الأسفل؟ واختار[٧٣٨/ ب] اللخمي: عدم القطع.

كَمَا لَوْ رَبَطَهُ بِحَبْلٍ فَجَذَبَهُ

أي: فجذبه الخارج، ومذهب المدونة أنهما يقطعان، وقال اللخمي عن مالك: إنه يقطع الخارج.

اللخمي: والصواب، في هذين السؤالين يعني في هذا والذي قبله، والذي حمل على ظهره وما أشبه ذلك من كل معونة كانت داخل الحرز لا قطع عليه، وأن القطع على الخارج وحده.

وَلَوِ الْتَقَيَا وَسَطَ النَّقْبِ قُطِعَا

هكذا قال في المدونة: إذا التقت أيديهما في المناولة وسط النقب، أنهما يقطعان، اللخمي: وكان الأصل على قول ابن القاسم، ألا يقطع الداخل؛ لأن معونته في الحرز، والنقب من الحرز ونحوه للتونسي.

فَلَوْ أُخِذَ دَاخِلَهُ بَعْدَ رَمْيِ الْمَتَاعِ خَارِجَهُ تَوَقَّفَ فِيهِ مَالِكٌ، وَالْمَشْهُورُ: يُقْطَعُ

عبر في المدونة بلفظ الشك لا بلفظ الوقف، ولهذا يقال: إن مالكاً شك في المدونة في مسألتين: الأولى: هذه والثانية: إذا حلف ألا يكلمه الدهر ففيها: وأخذ في الحرز بعد إلقاء المتاع خارجه فقد شك فيه مالك بعد أن قال يقطع، وأنا أرى أن يقطع، وروى عنه أشهب وابن عبد الحكم القطع، وهو الذي في الجلاب، فلذلك شهره المصنف، وهو الأظهر؛ لأنه قد أخرج المال من حرزه.

اللخمي: واختلف إذا رمى المسروق فوقع في نار أو كان زجاجاً فتكسر، هل لا يقطع كما لو هلك في الحرز أو يقطع؟ **اللخمي**: وهو أحسن، ونقل ابن يونس عن عبد الملك أنه إن قصد إتلافه فلا قطع عليه، وما كان على غير هذا يرى ليخرج فيأخذه، فإنه يقطع هلك أو بقي في الحرز.

وَلَوِ ابْتَلَعَ دُرَّةً وَخَرَجَ قُطِعَ

وهكذا الدينار ونحوه لأن ابتلاعه ليس استهلاكاً له، بخلاف الطعام يأكله في الحرز قيمته ربع دينار فأكثر، فلا قطع لاستهلاكه في أمرين وكذلك لو دهن رأسه ولحيته بدهن يساوي ربع دينار لا قطع عليه إلا أن يساوي بعد سلته ربع دينار، وكذلك الشاة يذبحها ثم يخرجها مذبوحة.

وَلَوْ أَشَارَ إِلَى شَاةٍ بِالْعَلَفِ فَخَرَجَتْ مِنَ الْحِرْزِ فَقَوْلانِ

القطع لمالك واختاره اللخمي وابن رشد، وبه قال ابن القاسم وأشهب في العتبية، قال عبد الملك: لأنه في معنى من دخل فأخرجها، ونفى القطع لمالك في العتبية، واختاره ابن المواز وأنكر الأول؛ لأنه لا يتحقق أنه المخرج لها، في معنى هذه المسألة من أشار إلى صبي أو أعجمي.

وَلَوْ حَمَلَ عَبْداً غَيْرَ مُمَيِّزٍ أَوْ خَدَعَهُ فَأَخَذَهُ قُطِعَ بِخِلافِ الْمُمَيِّزِ

قال في البيان: لا خلاف في الصبي الصغير الذي لا يعقل إذا دخل إليه فأخرجه من حرز أنه يقطع إذا كان عبداً.

وقوله: (**أَوْ خَدَعَهُ**) ظاهره أنه عائد على الصغيرِ والأعجميُّ مساوٍ له في ذلك، ففي المدونة أن من سرق عبداً كبيراً فصيحاً لم يقطع وإن كان أعجمياً قطع، وكذلك لو أخدعه؛ أي قال له مثلاً: سيدك أرسلني، وفي الموازية: لا يقطع إذا أخدعه، ابن نافع: وإن راطنه بلسان حتى خرج إليه طوعاً لم يقطع.

اللخمي: يريد إذا دعاه ليخرج إليه ويذهب به فأطاعه، ولو غره فقال له: سيدك بعثني لآتيه بك، لقطع، وكذلك قال أبو عمران: إذا راطنه فقال: إني اشتريتك، قطع.

وَلَوْ أَخَذَ اخْتِلاساً أَوْ مُكَابَرَةً عَلَى غَيْرِ حِرَابَةٍ فَلا يُقْطَعُ

هذا راجع إلى القيد الآخر وهو الاستسرار، والمكابرة إذا كانت على غير وجه المحاربة راجعة إلى الغصب والغاصب لا يقطع.

وَلَوْ أُخِذَ فِي الْحِرْزِ فَهَرَبَ بِمَا مَعَهُ لَمْ يُقْطَعْ

وسواء علم أهل البيت بها سرقه أم لا، سواء أمسك السارق، وقد كان اتَّزر بإزار ثم هرب وهو عليه؛ لأنه لم يخرج به على وجه السرقة، وإنما خرج به على وجه الاختلاس.

وَلَوْ تَرَكَهُ وَأَحْضَرَ مَنْ يَشْهَدُ عَلَيْهِ وَلَوْ شَاءَ لَمَنَعَهُ فَثَالِثُهَا: قَالَ مَالِكٌ: إِنْ شَعَرَ بِهِ فَهَرَبَ لَمْ يُقْطَعْ، وَإِلا قُطِعَ ...

فقد أخذ المتاع مستسراً لا يعلم أن أحداً أبداه، لكن في نسبته لمالك نظر، ولم أره وإنما نسبه ابن شاس لبعض المتأخرين لعله ابن يونس، فإنه قال: إن رآهم السارق فهرب فهو مختلس، وإن خرج من الدار وهو لم يرَهم فهو سارق يجب قطعه.

ابن عبد السلام: وهو التحقيق.

وَأَمَّا غَيْرُ الْمَالِ فَسَرِقَةُ الْحُرِّ الصَّغِيرِ إِذَا أَخْرَجَهُ عَنْ حِرْزِ مِثْلِهِ وَقَالَ بِهِ الْفُقَهَاءُ السَّبْعَةُ ...

المشهور ما ذكره بشرط ألا يعقل مثل الصغير ما يراد منه، وروى الدارقطني أن النبي صلى الله عليه وسلم أتي برجل يسرق الصبيان ثم يخرج بهم فيبيعهم في أرض أخرى، فأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقطعت يده، فقال: انفرد به عبد الله بن محمد بن يحيى عن هشام عن أبيه عن عائشة رضي الله عنها، وهو كثير الخطأ على هشام ضعيف الحديث، وإذا وجب القطع لحفظ المال فحفظ النسب أولى، ورد الأبهري قول من قال أن النبي صلى الله عليه إنما أوجب القطع في المال، فوجب ألا يقطع إلا فيما له قيمة؛ لأن الحر له بدل وهي الدية، وقال عبد الملك من أصحابنا: لا يقطع لأنه ليس بمال، وبه قال أبو حنيفة وأحمد رضي الله عنهما.

الباجي: ومعنى الحرز هنا أن يكون في دار أهله، رواه ابن وهب [٧٣٩/ أ] عن مالك.

محمد: وكذلك إذا كان معه من يخدمه، واستشكل اللخمي كون الدار حرزاً؛ لأنه لا يقصد بها حفظاً إلا أن يكون البلد يخشى فيها سرقة الأطفال، ويقصد بمكانه في الدار حفظه.

وَهُمْ: سَعِيدُ بنُ الْمُسَيِّبِ، وَعُرْوَةُ بنُ الزُّبَيْرِ، وَالْقَاسِمُ بنُ مُحَمَّدِ بْنِ أَبِي بَكْرٍ، وَأَبُو بَكْرِ بنُ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ الْحَارِثِ، وَخَارِجَةُ بنُ زَيْدٍ، وَعُبَيْدُ اللهِ بنُ عُتْبَةَ، وَسُلَيْمَانُ بنُ يَسَارٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ ...

هكذا في بعض النسخ.

وَشَرْطُ السَّارِقِ: التَّكْلِيفُ فَيُقْطَعُ الْحُرُّ، وَالْعَبْدُ، وَالذِّمِّيُّ، وَالْمُعَاهَدُ وَإِنْ كَانَ الْمَسْرُوقُ لِمِثْلِهِمْ وَإِنْ لَمْ يَتَرَافَعُوا إِلَيْنَا ...

لما فرغ من الركن الأول وهو المسروق شرع في الثاني وهو السارق، وشرط في مؤاخذته التكليف، والمراد به العقل والبلوغ فلهذا يقطع الحر والعبد والذمي والمعاهد لأنهم مكلفون، وما ذكره في المعاهد هو مذهب ابن القاسم، وقال أشهب: لا قطع عليه إن سرق ، ولا على من سرق منه وإن سرق ثم جُنَّ لم يقطع حتى يفيق، وكذلك لو طرأ له سكر، وقال اللخمي: لو قطع في سكره لكان له وجه، وليس القطع كالضرب؛ لأن المقصود في الضرب الألم، والطافح لا يجد الألم بخلاف القطع فإنه يقصد به النكال والعظة لغيره وفيه نظر، فإن الألم أيضاً مقصود فيه.

وقوله: (**وَإِنْ كَانَ الْمَسْرُوقُ لِمِثْلِهِمْ**) يعني: أن العبد يقطع وإن سرق العبد، وكذلك الذمي، وكذلك المعاهد، وفي بعض النسخ: (لمثلهما) فيعود على المعاهد والذمي، وفي بعض النسخ: منهما وهي بمعناها، وأما إن كان قطع السارق من باب دفع الفساد لم يشترط في سرقة بعضهم من بعض المرافعة؛ لأن ذلك إنما يشترط في الأحكام.

وَتَثْبُتُ بِالإِقْرَارِ وَبِالشَّهَادَةِ

أعاد الباء مع الشهادة ليعيد استقلال كل واحد منهما بالثبوت.

فَإِنْ رَجَعَ إِلَى شُبْهَةٍ ثَبَتَ الْغُرْمُ دُونَ الْقَطْعِ، وَفِي غَيْرِ شُبْهَةٍ رِوَايَتَانِ

هذا كما تقدم في الإقرار بالزنى، واختلف فيمن أقر بتهديد على أقوال:

الأول: لا يقطع وهو مذهب المدونة ففيها: ومن أقر بشيء من الحدود بوعيد أو سجن أو قيد أو ضرب، قيل: وذلك كله إكراه، وإن تمادى على إقراره بعد زوال الإكراه حبس حتى يستبرأ أمره، فإن تمادى على إقراره بعد أن أمن أو أتى بما يعرف صدقه، مثل: أن يعين المسروق ونحوه فإنه يحد وإلا لم يحد في قطع ولا غيره كأن الذي كان من إقراره أول مرة قد انقطع، وهذا كأنه إقرار حادث، وإن أخرج السرقة والقتيل في حال التهديد لم أقتله ولم أقطعه حتى يقر بعد ذلك آمناً، زاد اللخمي عن ابن القاسم أن يضاف إلى ذلك من أخباره ما يدل على صحة ذلك مثل أن يقول: اشتريت وفعلت كذا على صفة كذا، فيذكر من بساط الأمر كذا وابتدائه كذا وانتهائه ما يعلم أنه خارج عن إقرار المكرَه، وقال مالك في الموازية: يقطع إذا عين السرقة إلا أن يقول دفعها إليَّ فلان، وإنما أقررت لِمَا أصابني من الألم، قال: ولو أخرج دنانير لم يقطع؛ لأنها لا يقر بعينها، وقال أشهب: إذا أخرج السرقة قطع وإن بَعد سجن وقيد ووعيد، وإن نزع لم يقبل نزوعه، وأما إن لم يعين فلا يحد أبداً، وإن ثبت على إقراره؛ لأنه يخاف أن يعاد إلى مثل الأول، وقال سحنون: إذا أقر في السجن أو حبسه السلطان في حق وكان من أهل العدل لزمه إقراره، وقال: وليس من حبس في حق أو باطل سواء، فإن عدد كالزيادة التي زادها.

اللخمي: وعن ابن القاسم وفاقاً له لو لم يكن في المسألة إلا أربعة، وإلا فهي خمسة وإليه ذهب اللخمي وغيره.

وَلَوْ رُدَّ الْيَمِينُ فَحَلَفَ الطَّالِبُ ثَبَتَ الْغُرْمُ

يعني: لو رد المدعى عليه السرقة اليمين التي توجهت عليه بسبب دعوى السرقة، فحلف المدعي لزم المدعى عليه الغرم دون القطع، ولم يبين المصنف الذي تجب فيه اليمين

على المدعى عليه، وفي المدونة: ومن ادعى على رجل أنه سرقه لم أحلفه إلا أن يكون متهماً متصفاً بذلك، فإنه يحلف ويهدد ويسجن والألم يعرض له، فإن كان من أهل الفضل وممن لا يشار إليه بهذا أدب المدعي، ومتهم معروف بمثل هذا فيحلف ويهدد ويسجن على قدر اجتهاد الحاكم، ومتوسط الحال بين هذين فعليه اليمين فقط، وقال ابن يونس في كتاب الغصب: لا يمين على المتوسط، قيل: وهو أظهر.

وَإِقْرَارُ الْعَبْدِ يُثْبِتُ الْقَطْعَ دُونَ الْغُرْمِ

لأن الحد لله ولا يتهم العبد فيه بخلاف المال، فإنه حق للسيد، ومتهم العبد في إخراجه عن السيد والمكاتب والمدبر وأم الولد كالعبد إذا عينوا السرقة بعض القرويين، وكذلك إذا لم يعينوه وتمادوا على الإقرار، ولعل المصنف أراد بالعبد ما هو أعم من القن، وإن كذبهم وقال: بل ذلك متاع، فالقول قول السيد مع يمينه، إلا في المكاتب والعبد المأذون له، وما ذكره من إعمال قول العبد في القطع.

اللخمي: هو المعروف، ولأشهب في الموازية: إذا أقر العبد بالقتل وعينه، وقال: ها هو ذا وأنا قتلت، أنه لا يقبل قوله، وإن عين إلا أن يكون معه أو يرى يتبعه ونحوه.

وَيَثْبُتُ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ، فَإِنْ كَانَ بِرَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ أَوْ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ ثَبَتَ الْغُرْمُ دُونَ الْقَطْعِ ...

يحتمل أن تكون تثبت [٧٣٩/ ب] بالتاء السرقة، أو بالياء القطع، ولا تقبل الشهادة مجملة، بل لابد أن يسأل الشهود عن السرقة وما هي ومن أين أخرجها وإلى أين، وكلامه ظاهر؛ لأن المرأتين أو الرجل واليمين لا يفيدون في الحدود.

وَمُوجَبُهُ: الْقَطْعُ وَالْغُرْمُ مَعَ قِيَامِهِ، فَإِنْ تَلِفَ وَهُوَ مُوسِرٌ مِنْ حِينِ السَّرِقَةِ إِلَى حِينِ الْقَطْعِ غَرِمَهُ، وَقَالَ أَشْهَبُ: إِلَى حِينِ الْقِيَامِ وَإِلا لَمْ يَغْرَمْ. وَقِيلَ: يَغْرَمُهُ مُطْلَقاً ...

أي: موجب الثبوت، وفي بعض النسخ: (وموجبها)؛ أي: السرقة القطع بنص الآية، ورد المال مع قيامه بالإجماع، نقله صاحب المقدمات.

قوله: (**فَإِنْ تَلِفَ**) أي: المال المسروق، والسارق متصل اليسار من حين السرقة إلى حين القطع غرمه، وإن كان عديماً أو أعدم في بعض المدة سقط عنه الغرم؛ لأنه لا تجتمع عليه عقوبتان قطع يده وإتباع ذمته، بخلاف اليسار المتصل فإنها كالقائمة وليس ثم عقوبة ثانية، ورأى أشهب أنه لا غرم عليه إلا أن يتساوى يسره بعد القطع إلى يوم يحكم عليه بالقيمة، فإن كان متصل اليسار إلى القطع ثم أعسر بعده وقبل الحكم لم يغرم؛ يعني: وإن لم يتصل اليسار إلى حين القطع على قول ابن القاسم، ولا إلى حين القيام على قول أشهب لم يقطع، وقيل: يغرم مطلقاً؛ أي: اتصل يساره أم لا؛ لأن القطع حق لله تعالى، والغرم حق للآدمي، فلا يسقط أحدهما الآخر، وهو مذهب الشافعي وأحمد وعبد الوهاب، وقال بعض شيوخنا: والقيمة مع القيمة استحسان، والقياس لا يلزمه شيء؛ لأنه لو لزمه مع اليسر للزمه مع العسر، وإنما استحسن ذلك لجواز أن يكون أخذ لها ثمناً واختلط بماله وهذا القياس، قال أبو حنيفة: وله ما خرجه النسائي عن عبد الله بن عوف رضي الله عنه أن رسول صلى الله عليه وسلم، قال: «**لاَ يَغْرَمُ السَّارِقُ إِذَا أُقِيمَ عَلَيْهِ الْحَدُّ**».

أبو عمر: إلا أنه حديث ليس بالقوي.

فروع:

الأول: اعتبار اتصال اليسر، لو سرق لجماعة واتصل يسره لتحاصَّ الجميع فيما بيده وإن تخلل ذلك عسر، سقط حق من سرق ماله قبل العسر.

الثاني: لو لم يقم للطالب إلا شاهد واحد، وقال: سرقت من حرز، وقال السارق: بل من غيره، أو ذهبت يمين السارق بأمر من الله تعالى، فقال ابن القاسم: يضمن السارق ضمان الغاصب، وقال أشهب: يضمنها على ما تقدم. اللخمي: وكذلك إن اعترف أنه سرق من حرز ثم رجع وسقط عند الحد، فيها القولان أيضاً، إن كانت السرقة من غير حرز أقل من ربع دينار لأتبع بها في الإعسار باتفاق.

الثالث: لو باع السارق السرقة فاستهلكها المشتري، فإن أجاز بها البيع لم يتبع السارق بالثمن إلا أن يتصل يسره كما تقدم، وإن لم يجزه وأخذ قيمة المبيع من المشتري وكالاستحقاق، فللمشتري أن يرجع على السارق، فإن كان المشتري عديماً رجع بها على السارق؛ لأنه غريم غريمه، ولو كانت القيمة التي لزمت المشتري أقل من الثمن الذي باع به السارق وأخذ المسروق منه القيمة، وكان الفاضل للمشتري تبيعه هو به، وإن كانت القيمة أكثر من الثمن؛ لأنه الذي لغريمه عنده واتبع المشتري بفاضل القيمة.

وَتُقْطَعُ الْيُمْنَى مِنَ الْكُوعِ وتُحْسَمُ بِالنَّارِ. ثُمَّ رِجْلُهُ الْيُسْرَى، ثُمَّ يَدُهُ الْيُسْرَى، ثُمَّ رِجْلُهُ الْيُمْنَى، ثُمَّ يُغَرَّبُ وَيُحْبَسُ ...

الإجماع على قطع اليمنى أولاً وحسمت بالنار خوف الهلاك وكلامه ظاهر، وذكر المصنف أنه في الخامسة يعزر ويحبس وهو المشهور، وقال أبو مصعب: يقتل، وروى النسائي حديثاً كقوله إلا أنه ضعيف، وقال: لا أعلم في ذلك حديثاً.

وَلَوْ كَانَتْ شَلاءَ أَوْ نَاقِصَةَ الأَصَابِعِ أَوْ أَكْثَرِهَا فَكَالْعَدَمِ، فَيَنْتَقِلُ، وَقِيلَ: إِنْ سَقَطَ الانْتِفَاعُ ...

أي: كانت اليمنى شلاء أو ناقصة، وجمع المصنف مسألتين وأجاب بأنها كالعدم، فلا يقطع وينتقل إلى غيرها، وفهم من قوله: (**أَوْ أَكْثَرِ**) وهو ثلاثة أصابع أنها لو كانت

ناقصة الأقل لقطعت، وهو صادق على صورتين: إذا نقصت أصبعاً أو أصبعين والمنقول في الأصبع القطع، واختلف قول مالك في الأصبعين.

وقوله: (**وَقِيلَ: إِنْ سَقَطَ الانْتِفَاعُ**) خاص باليد الشلاء وهو لابن وهب؛ لأنه قال في مختصر ما ليس في المختصر: تقطع اليد الشلاء إن كانت ينتفع بها، وعن أبي مصعب: تقطع اليد الشلاء مطلقاً.

وَعَلَى الانْتِقَالِ فَقِيلَ: يَدُهُ الْيُسْرَى، وَقِيلَ: رِجْلُهُ الْيُسْرَى

وإذا فرعنا على الانتقال، وفي معنى ذلك إذا سرق ولا يمين له، والقولان في المدونة قال: تقطع رجله اليسرى ثم أمر بمحوه، وقال: اقطع يده اليسرى.

ابن القاسم: وأراه تأول قوله تعالى: ﴿ **فَاقْطَعُوٓا أَيْدِيَهُمَا** ﴾ [المائدة: ٣٨] وبالأول أخذ، وعارض اللخمي ما أخذ به ابن القاسم هنا بقوله في الموازية: إذا قطعت اليمنى في قصاص أو غيره أنه يقطع يده اليسرى، والأول أليق؛ لأن اليد الجانية، وهذه إحدى ممحوات الأربع.

وَلَوْ قَطَعَ الْجَلادُ أَوِ الإِمَامُ الْيُسْرَى عَمْداً فَلَهُ الْقِصَاصُ وَالْحَدُّ بَاقٍ، وَخَطَأً يُجْزِئُهُ، وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ: لَهُ عَقْلُهَا وَالْحَدُّ بَاقٍ ...

يعني: إذا كان [٧٤٠/ أ] قطع اليمنى فأمر الإمام بقطع اليسرى متعمداً مع علمه بأن سنة القطع في اليمنى، أو قطعها الجلاد أيضاً متعمداً، لم يرفع القطع عن السرقة وتقطع اليمنى، ويكون له أن يقتص منهما، وإن كان خطأً فقال: تجزئ ولا تقطع يمينه ولا شيء على الإمام والجلاد، وقال ابن الماجشون: لا تجزئ، قال: وليس خطأ الإمام بالذي يزيل القطع عن العضو الذي أوجب الله فيه القطع، ويكون عقل الشمال في مال السلطان خاصة إن كان هو المخطئ، أو في مال القاطع دون عاقلته إن كان هو المخطئ، قال: وإليه

رجع مالك وهو الأقرب؛ لأن تقديم اليمنى على اليسار إن كان واجباً فقد تم المطلوب، وإن كان مستحبًّاً لزم الإجزاء في مسألة العمد، ولو تعمد ذلك السارق ودلس على الإمام والجلاد، ففي الموازية يجزئ. **اللخمي**: وعلى ما في الواضحة لا يجزئه.

وَعَلَى الإِجْزَاءِ لَوْ عَادَ قُطِعَتْ رِجْلُهُ الْيُمْنَى عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ وَالْيُسْرَى عِنْدَ ابْنِ نَافِعٍ ...

أي: وإذا فرعنا على القول الأول فلو سرق ثانياً، فقال ابن القاسم في المدونة: تقطع رجله اليمنى لطلب المخالفة؛ لأن سنة القطع الخلاف، وقال ابن نافع: تقطع رجله اليسرى؛ لأن قطع اليد اليسرى أولاً كان على وجه الخطأ فلا يتعمد موافقته.

وَلَوْ سَقَطَتِ الْيُمْنَى بِآفَةٍ سَقَطَ الْحَدُّ

إذا ذهبت اليمنى بأمر من الله تعالى، زاد اللخمي: أو تعمد من إنسان، فقال مالك: لا يقطع منه شيء؛ لأن القطع قد كان وجب فيها.

اللخمي: وعلى قياس قوله أن الشمال تجزئه ألا يسقط عنه القطع وتقطع شماله أو رجله، وكذلك لو أخطأ الإمام فقطع رجله اليسرى مع وجود اليمنى فإنها لا تجزئه.

وَمَا تَكَرَّرَ مِنَ السَّرِقَةِ قَبْلَ الْحَدِّ فَكَمَرَّةٍ، كَتَكَرُّرِ الزِّنَى، وَالشُّرْبِ، وَالْقَذْفِ

واحترز بقوله: (**قَبْلَ الْحَدِّ**) مما لو تكرر بعده فيجب تكرره كما تقدم، وسواء كان من ملك واحد أو متعدد.

وقوله: (**فَكَمَرَّةٍ**) أي: فلا يقطع إلا عضو واحد. **أبو عمر**: ولا أعلم فيه خلافاً ثم قاس ذلك على تكرار الزنى أو الشرب والقذف، وفهم منه أيضاً الحكم في المسائل.

وَتَتَدَاخَلُ الْحُدُودُ الْمُتَّحِدَةُ وَإِنْ تَعَدَّدَ مُوجِبُهَا كَحَدِّ الشُّرْبِ وَالْقَذْفِ، بِخِلافِ الزِّنَى وَالْقَذْفِ أَوِالشُّرْبِ ...

وقوله: (**وَإِنْ تَعَدَّدَ مُوجِبُهَا**) بكسر الجيم أي سببها كحد الشرب والقذف، وحاصله أنه إن اتحد ولا التفات إلى تعدد السبب، وإن اختلف الحد تعدد كحد الزنى مع القذف أو مع الشرب، وخرج اللخمي تعدد الحد في القذف والشرب من أحد القولين إذا قذف جماعة.

ابن عبد السلام: وهو تخريج صحيح. **ابن عبد السلام**: وقد يقال إنما قيل بالتعدد بالقذف لما يلحق كل واحد من المعرة بخلافه هنا، ونقل عن عبد الملك أنه إذا زنى وشرب وقذف يحد مائة، ويدخل القذف والشرب في الزنى.

وَيَأْتِي الْقَتْلُ عَلَى حَدِّ الزِّنَى وَالقَطْعِ وَالشُّرْبِ وَلا يَأْتِي عَلَى حَدِّ الْقَذْفِ

يعني: إذا لزمه قتل وحدود فالقتل يأتي على ذلك كله إلا القذف، فإنه يحد له أولاً ثم يقتل لعار المقذوف إن لم يحد له.

وَلا تَسْقُطُ الْحُدُودُ بِالتَّوْبَةِ وَلا بِالْعَدَالَةِ وَلا بِطُولِ الزَّمَانِ مَعَهَا

هذا مخصوص بما سيذكره في الحرابة حيث قال: تسقط الحرابة بالتوبة قبل الظفر، لا يقال: الحد لم يثبت في الحرابة حتى يسقط فلا يحتاج إلى استتابة؛ لأنا نقول: الحرابة هي سبب وجود الحد وقد وجد، ويدل على ما ذكره المصنف حديث الغامدية، فإن النبي صلى الله عليه وسلم أخبر عن توبتها وأقام الحد عليها.

الْحِرَابَةُ: كُلُّ فِعْلٍ يُقْصَدُ بِهِ أَخْذُ الْمَالِ عَلَى وَجْهٍ تَتَعَذَّرُ الاسْتِغَاثَةُ عَادَةً مِنْ رَجُلٍ أَوِ امْرَأَةٍ أَوْ حُرٍّ أَوْ عَبْدٍ أَوْ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ أَوْ مُسْتَأْمَنٍ ...

عبر بالحرابة إشارة إلى أن الأصل هنا الآية الكريمة وهي قوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ... ﴾ [المائدة: ٣٢] الآية. وهذا مذهب المحققين أن الآية محمولة على هذه الجناية، وقيل: نزلت في المشركين الحربيين، وقيل: في قوم كان بينهم وبين النبي صلى الله عليه وسلم عهد فنقضوه، وقال في العربيين ارتدوا في زمانه عليه الصلاة والسلام والصحيح الأول، ولو كان المقصود الكفار ما شرط في توبتهم كونها قبل القدرة عليهم، والمرتد ليس حده القطع والنفي.

وقوله: (**كُلُّ... إلخ**)، ليس هو حداً ولا رسماً؛ لأن الحد للماهية من حيث هي، ولفظة (**كُلُّ**) فيها تعرض للأفراد.

وقوله: (**تَتَعَذَّرُ الاسْتِغَاثَةُ**) أي: معه، والكلية يلزم اطرادها ولكن يرد عليه غصب من لا يقدر على دفعه من سلطان أو غيره أيضاً، فليس شرط المحاربة المال فقد قال ابن القاسم فيمن منع قوماً يخرجون إلى الشام أو مصر أو مكة: إنه محارب، ويجاب عن الأول بأن الغاصب ولو كان سلطاناً لا تتعذر الاستغاثة عليه، فإن العلماء أهل الحل والعقد يأخذون عليه، وعن الثاني أنه تكلم على الغالب، على أنه سيتكلم على ذلك بقوله: (**وَمُخِيفِهَا**... إلخ)، والغيلة تدخل تحت هذه الكلية؛ لأن حقيقتها أن يخدع غيره ليدخله موضعاً ويأخذ ما معه، ولا يقبل قوله: (**تَتَعَذَرُ مَعَهُ الاسْتِغَاثَةُ**) ليس بجيد؛ لأن المسلوب يستغيث [٧٤٠/ ب] سواء وجد مغيثاً أو لم يجد، فكان ينبغي أن يقول: تتعذر معه الإغاثة لأن استغاثة المعدوم ومن لا تنفع إغاثته كالمعدوم.

وقوله: (**مِنْ رَجُلٍ أَوِ امْرَأَةٍ**) صفة لفعل؛ أي: فعل كائن من رجل أو امرأة، ونبه بقوله: (**أَوْ ذِمِّيٍّ أَوْ مُسْتَأْمَنٍ**) على من قال: إنها لا تكون إلا بين المسلمين، والله أعلم.

وَمُخِيفِهَا وَإِنْ لَمْ يَقْتُلْ وَإِنْ لَمْ يَأْخُذْ مَالاً، وَالْمَأْخُوذُ بِحَضْرَةِ الْخُرُوجِ كَذَلِكَ وَإِنْ لَمْ يُخِفِ السَّبِيلَ ...

أي: ومخيف الطريق؛ لأنها تفهم من السياق، **(وَإِنْ)** في كلامه في الموضعين للمبالغة في كل واحد منهما على الاستقلال؛ إذ لو قال: وإن لم يقتل ولم يأخذ، لأفاد ترتيب الحكم على المجموع، ولا يلزم منه ترتيبه على كل من الجزأين، ومعنى كلامه أن مطلق إخافة الطريق موجب لكونه محارباً سواء قتل أم لا، سواء أخذ مالاً أم لا، وكذلك أيضاً المأخوذ بحضرة الخروج وإن لم يخف الطريق، وهذا مذهب المدونة ففيها على اختصار ابن يونس: وكذلك إن لم يخف وأخذ مكانه قبل أن يتقادم أمره، أو أخرج بعضاً وأخذ مكانه فهو مخير فيه وله أن يأخذ في هذا بأيسر الحكم، وكذلك النفي والضرب والسجن.

أبو الحسن: وظاهرها أنه مخير فيمن أخذ بالحضرة، ولم يحصل منه الإخافة، وكذلك قال اللخمي: إن أخذ قبل الإخافة لا يجري عليه شيء من أحكام المحارب وإنما يعاقب، وهو بمنزلة من خرج ليسرق أو يزني ولم يفعل، واستدل على ذلك لمالك في الموازية: في رجل خرج بسيفه قاصداً لقتل رجل أنه لا يقتل ولا يقطع، وكلام اللخمي ظاهر في المعنى إلا أن النص على كلامه كما تقدم، وفي بعض النسخ: (وإن لم يخف القتل)؛ يعني: أن المأخوذ بحضرة الخروج محارب وليس للإمام قتله، وهو يأتي على بعض القرويين واللخمي كما تقدم.

فَقَاطِعُ الطَّرِيقِ عَلَى الْمُسْلِمِ أَوِ الذِّمِّيِّ مُحَارِبٌ

لأن الذمي معصوم المال كالمسلم وعطفه بالفاء ليرتبه على ما قبله.

وَمُشْهِرُ السِّلاحِ لِذَلِكَ مُحَارِبٌ وَإِنْ كَانَ مُنْفَرِداً فِي مَدِينَةٍ

(لِذَلِكَ) أي لأخذ المال **(وَإِنْ كَانَ)** أي: المحارب واحداً في مدينة، وهذا قول ابن القاسم، وقال ابن الماجشون: ولا يكون محارباً في القرية إلا أن يريد بذلك القرية كلها، فأما المختفي في القرية لا يؤذي الواحد والمستضعف فلا.

وَالذي يُسْقِي السَّكْرَانَ لِذَلِكَ مُحَارِبٌ

أي: لأخذ المال، ونحوه في المدونة.

عياض: وظاهر الموازية إنما يكون حرابة إذا كان ما سقاه يموت منه، ولعله يريد ما نقله اللخمي عنها في رجل أطعم قوماً سويقاً وأخذ متاعهم فمات بعضهم وليط بعضهم فلم يفيقوا إلى الغد، فقال الفاعل: ما أردت قتلهم، إنما أعطانيه رجل وقال: إنه يسكر، فأردت إخدارهم وأخذ أموالهم، لا يقبل قوله ويقتل، ولو قال: ما أردت إخدارهم ولا أخذ أموالهم وإنما هو سويق في شيء فيه، إلا أنه أخذ أموالهم حين ماتوا، فلا شيء عليه إلا الغرم، وفي العتبية نحوه على قصد الإسكار وأخذ المال لا على قصد الموت.

وَالسَّارِقُ فِي اللَّيْلِ أَوْ النَّهَارِ فِي دَارٍ أَوْ زُقَاقٍ مُكَابَرَةً تَمْنَعُ الاسْتِغَاثَةَ مُحَارِبٌ

لأنه لما كابر على وجه يمنع الاستغاثة كان محارباً؛ لأن السرقة أخذ المال خفية، ولو أخذ السارق المال فلما نوزع فيه قاتل حتى خرج به، فنص اللخمي وغيره على أنه سارق؛ لأن قتاله حينئذٍ ليدفع عن نفسه.

اللخمي: وإن علم به قبل أن يأخذ المتاع فقاتل حتى أخذه فهو محارب عند مالك، وليس بمحارب عند عبد الملك، وأما الغاصب فيقتل المغصوب منه بإثر الغصب خشية أن يطلبه، فقال اللخمي: ليست بحرابة وإنما هي غيلة وفي كونها غيلة نظر، فقد قال مالك فيمن لقي رجلاً فسأله طعاماً فأبى وأخذه وعنفه، ونزع منه الطعام وأخذ ثيابه، قال: هذا يشبه المحارب إلا أن حكمه الضرب والنفي، وكذلك الذي توجد معه الدابة فيقر أنه وجد عليها رجلاً فأنزله عنها وأخذها، فإنه يضرب وينفى، وقال في الذي يجد الرجل في الصحراء وعند العتمة فينزع عنه ثيابه: أنه لا يقطع إلا أن يكون لصاً أو محارباً، قال: والذي يلقى الرجل في الليل فيكابره على ثوبه حتى يزيله عنه فإنه لا يقطع أيضاً، قال: وإنما المحارب من حمل على غير ثائرة ولا عداوة فأخاف السبيل وضر بالمسلمين.

وَمُخَادِعُ الصَّبِيِّ حَتَّى أَدْخَلَهُ مَوْضِعاً فَيَأْخُذَ مَا مَعَهُ مُحَارِبٌ

لأنه أخذ ما عليه على وجه تتعذر منه الاستغاثة، ومخادعة الصغير كمخادعة الكبير، وقد تقدم أن الغيلة تدخل في الحرابة.

وَيَجُوزُ قِتَالُهُمْ بِاتِّفَاقٍ، وَفِي دُعَائِهِ إِلَى التَّقْوَى قَبْلَهُ إِنْ أَمْكَنَ قَوْلانِ

هذا نقل ابن المواز اتفاق مالك وأصحابه على جواز القتال، وفي المدونة: وجهاد المحاربين جهاد، وفي العتبية: من أعظم الجهاد وأفضل أجراً، ولمالك في أعراب قطعوا الطريق: جهادهم أحب إليَّ من جهاد الروم. ابن عبد السلام: وظاهر قول أهل المذهب أنه لا مزية على جهاد الكفار، وقال ابن شعبان: جهاد المحاربين أفضل من جهاد الكفار.

قوله: (**وَفِي دُعَائِهِ**) المشهور أنهم يدعون، مالك في الموازية: ويناشده الله ثلاثاً، وقال عبد الملك وسحنون: لا يدعوه وليبادر لقتله، ولا إشكال في سقوط الدعوى إذا عاجلونا، عن ذلك احترز المصنف بقوله: (**إِنْ أَمْكَنَ**). **مالك**: وإن طلبوا مثل الطعام أو النوع وما خف [٧٤١/ أ] فليعطوه ولا يقاتلوا، وقال سحنون: لا يعطون شيئاً وإن قلَّ.

ابن عبد السلام: وينبغي قصر هذا الخلاف على ما إذا طلبوه من الرفاق والمارة بهم، ولو طلبوه من الوالي لم يجز أن يجيبهم إليه؛ لأن فيه وهناً على المسلمين.

وَمُوجَبُهَا: إِمَّا الْقَتْلُ أَوِ الصَّلْبُ ثُمَّ الْقَتْلُ مَصْلُوباً، أَوْ قَطْعُ الأَيْدِي وَالأَرْجُلِ مِنْ خِلافٍ مُوَالاةً، أَوِ النَّفْيُ ...

(**مُوجَبُهَا**) بفتح الجيم؛ أي: الذي توجبه الحرابة أحد أمور الأربعة للآية الكريمة، والصلب مختص بالرجل نص عليه اللخمي وكذلك النفي.

اللخمي: واختلف عن مالك في العقوبات الأربع التي ذكرها هل هي على التخيير في المحارب الواحد يوقع به الإمام أيها شاء، أو على الترتيب، أو على قدر جرم المحارب، فقيل إذا أخذ ولم يخف ولا قتل ولا أخذ مالاً يؤخذ بأيسره.

ابن القاسم: وأيسر أن يضربه وينفيه، وإن كان قد أخاف ولم يأخذ مالاً أو أخذ المال ولم يخف، أو جمع أخذ المال والإخافة كان فيه بالخيار بين القتل والقطع ولا يؤخذ بيسره.

وإن كان قد طال زمانه على أمره وأخذ المال إلا أنه لم يقتل فإنه يقتله ولا تخيير له فيه، وروي عن ابن وهب أن الإمام مخير وإن قتل الناس وعظم فساده، وقال عياض: اختلف تأويل الأشياخ على مذهب الكتاب إذا طالت إخافته وعظم شره ولم يقتل، وأكثرهم يرون الإمام يخير فيه فيما شاء لكن يستحبون له النفي، وعليه اختصر أكثرهم، وتأول بعض الأندلسيين أن حكم هذا حكم الذي قتل لابد من قتله، وصحح الأول، وحكى المازري عن مالك خلاف مذهبه وأن العقوبات عنده على الترتيب بحسب اختلاف صفاته، فيقتله لكل حال إذا كان ذا رأي وتدبير، ويقطعه إذا كان ذا بطش، وإن كان على خلاف ذلك عزره وحبسه، فجعل ما استحسن مالك مع إباحة التخيير مستحقاً مرتباً، ولا يقوله مالك ولا أصحابه. انتهى. فانظره مع حكاية اللخمي الخلاف.

وقوله: (**الصَّلْبُ ثُمَّ الْقَتْلُ**)؛ يعني: لا يكفيه الصلب وحده بل لا بد بعده من القتل، ووقع لمالك في بعض المواضع أنه قال: يقتل أو يصلب أو يقطع أو ينفى مثل ظاهر القرآن، وفهم من قول المصنف تقديم الصلب على القتل وعلى هذا فقوله:

وَيُقَدَّمُ الصَّلْبُ عِنْدَ ابْنِ الْقَاسِمِ، وَيُؤَخَّرُ عِنْدَ أَشْهَبَ

إنما أتى به ليبين قول أشهب، على أن أشهب لم يوجب تقديم الصلب، ونصه في النوادر: إنما يصلب ثم يقتل، ولو صلبه ثم قتله مصلوباً فذلك له.

اللخمي: ويقتل على الوجه المعتاد والمعروف بالسيف والرمح، ولا يقتل على صفة تعذيب ولا بحجارة ، ولا يرمى من شيء عالٍ وإن رأى صلْبه صَلَبَه قائماً ولا يصلبه منكوساً، وينبغي أن تطلق يداه؛ لأن فيه بعض الراحة إلى أن يموت فإن لم يطلق فلا بأس.

وهل يصلى عليه أم لا؟ أما على مذهب من يرى الذي يقتل ثم يصلب فيصلي عليه قبل الصلب، واختلف في الصلاة عليه على مذهب من يرى أنه يقتل على الخشبة ، فقال ابن الماجشون في الواضحة: لا ينزل من أعلى الخشبة حتى تأكله الكلاب والسباع، ولا يترك لأحد من أهله ولا من غيرهم ينزله ليدفنه ولا يصلي عليه، وقال أصبغ: لا بأس أن يخلَّى بينه وبين أهله يغسلونه ويصلون عليه ويدفنونه، ولابن الماجشون في الثمانية: يُصَفُّ خلف الخشبة ويصلى عليه وهو مصلوب، خلاف ظاهر قوله في الواضحة، وقال سحنون: إذا قتل على الخشبة أنزل عنها وصلي عليه.

واختلف قوله: هل يعاد إليها ليرتدع بذلك أهل الفساد أم لا؟ على قولين، هذا نقل صاحب المقدمات، ونقل ابن عبد السلام: أنه اختلف قوله: إذا مات هل ينزل من ساعته ويدفع إلى أهله للصلاة عليه أو الدفن، أو إذا صلوا عليه يعيده الإمام إلى الخشبتين اليومين والثلاثة ليرتدع به أهل الفساد؟ فانظره.

محمد: ولو حبسه الإمام لقتله ثم مات في الحبس لم يصلبه بعد موته، ولو قتله إنسان في الحبس فإن الإمام يصلبه.

وَأَمَّا النَّفْيُ فَلِلْحُرِّ لا لِلْعَبْدِ كَمَا ذُكِرَ فِي الزِّنَى إِلَى أَنْ تَظْهَرَ تَوْبَتُهُ، وَقِيلَ: يُحْبَسُ بِبَلَدِهِ، وَقِيلَ: النَّفْيُ طَلَبُهُمْ إِلَى أَنْ يُقَتَّلُوا أَوْ يُقَطَّعُوا ...

أي: للحر الذكر لا للعبد، وهذا على قول أن النفي إخراجه إلى بلد آخر، وأما على القول بأنه حبسه بمكانه فيحبس، وكذلك المرأة وقاله اللخمي، قال: ولو قال سيد العبد: أنا أرضى أن ينفى ولا يقطع وأن يكون على الأحرار بذلك، وكذلك في المرأة إذا قالت: أنا أخرج إلى بلد آخر أسجن فيه حتى تظهر توبتي وردت رفقة ثقة، أن يكون ذلك لها؛ لأنه أهون عليها من القطع من خلاف ومن القتل.

قوله: (**كَمَا ذُكِرَ فِي الزِّنَى**) في المسافة ولزوم الأجرة، ابن القاسم: ورواه عن مالك، وأقل البلد المنفي إليه ما تقصر فيه الصلاة، ثم بين أن الغاية هنا ليست كالزنى بل يحبس هنا حتى تظهر توبته، اللخمي: ولا يكفي في ظهور توبته مجرد ظاهره؛ لأنه كما ذكره لكونه في السجن فإنه يُظهر التوبة والنسك والخير ليخلص مما هو فيه، قال: ولو علمت منه التوبة حقيقة قبل أن يطول سجنه لم يخرج؛ لأن طول سجنه أحد الحدود الأربعة، فإخراجه قبل أن يطول سجنه بمنزلة من أقيم عليه بعض الحد.

قوله: (**وَقِيلَ: يُحْبَسُ بِبَلَدِهِ**) هذا رواه مطرف عن مالك في الواضحة، والقول الثالث لابن الماجشون قال: وليس النفي [٧٤١/ ب] عندنا الذي ذكر الله تعالى أن ينقل من قرية إلى قرية يسجن بها، ولا يكون هذا مثلاً لما جزاؤه القتل والقطع، وإنما النفي أن تنفيهم من الأرض بطلبكم إياهم لتقيموا عليهم الحد يشردون ويحبسون وأنتم تطلبونهم إلى أن تأخذوهم فتقيموا عليهم الحد.

وَالتَّعْيِينُ لِلإِمَامِ لا لِمَنْ قُطِعَتْ يَدُهُ أَوْ فُقِئَتْ عَيْنُهُ فَإِنَّهُ لاَ يُقْتَصُّ لَهُ، فَيُعَيِّنُ لِذِي الْبَطْشِ وَالتَّدْبِيرِ الْقَتْلَ، وَلِذِي الْبَطْشِ الْقَطْعَ، وَلا يَضْرِبُهُمَا، وَلِغَيْرِهِمَا وَلِمَنْ وَقَعَتْ مِنْهُ فَلْتَةٌ النَّفْيَ وَيَضْرِبُهُمَا إِنْ شَاءَ ...

أي: التعيين في العقوبات الأربع للإمام وليس لغيره في ذلك حق، وما يفصل به عوض عن كل ما صدر منه من إخافة طريق وقتل أحد، وهو وإن كان ظاهراً في التفصيل وموافقة الترتيب ونحوه في المقدمات، إلا أنه تأول على استحباب ذلك لما تقدم من كلام عياض، وفي ترتيب المصنف القتل على البطش والترتيب نظر، بل نص صاحب المقدمات وغيره على التدبير فقط.

وقوله: (**لِذِي الْبَطْشِ**) أي: دون التدبير بين القطع من خلاف، (**وَلِغَيْرِهِمَا**)؛ أي لغير من حصل فيه أحد الوصفين وهو من كثرت منه التردد وليس له أحد

الوصفين ولمن وقعت منه فلتة النفي، **(وَيَضْرِبُهُمَا)** الضمير عائد على غيرهما، ومن وقعت منه فلتة.

وقوله: **(إِنْ شَاءَ)** ظاهر المدونة أنه لا بد من ضربه لقوله: الذي يؤخذ بحضرة الخروج ولم يخف السبيل ولم يأخذ المال، فهو لو أخذ بأيسر الحكم لم أرَ به بأساً، وكذلك الضرب والنفي، وما ذكره أشبه بمذهب أشهب، فقال: إن جلده مع النفي ضعيف، وإنما استحسن لما خفف عنه من غيره ولو قاله قائل لم أعبه.

وقوله: "وإنما استحسن" أي: زيادة على النص، ابن القاسم في الموازية: وليس لجلده حد إلا الاجتهاد من الإمام.

وَيُقْتَلُ الْمُحَارِبُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ قَتَلَ، وَيَتَحَتَّمُ قَتْلُهُ إِذَ قَتَلَ وَلَوْ غَيْرَ كُفْءٍ، وَقَتَلَ عُثْمَانُ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ مُسْلِماً قَتَلَ ذِمِّياً حِرَابَةً، وَلَيْسَ لِوَلِيِّ الدَّمِ عَفْوٌ ...

يعني: أن الإمام يخير فيه على ما تقدم إذا لم يكن قد قتل، وأما إن قتل ولو غير كفؤ كما لو قتل كافراً أو عبداً فيتحتم قتله تناهي فساده، وهذا هو المشهور، وقال أبو مصعب: بل له فيه التخيير أيضاً، وقد تقدم أيضاً الخلاف في تحتم قتل من طال زمانه وامتدت إذايته، واستدل المصنف بفعل عثمان رضي الله عنه، وقد يقال: لا حجة فيه؛ إذ لا يدل على التحتم وفعله لأنه أحد الوجوه، ولو سلم فيحتمل أن يكون مذهبه قتل المسلم بالكافر قصاصاً.

قوله: **(وليس لِوَلِيِّ الدَّمِ عَفْوٌ)** يعني: لأن القتل ليس للقصاص وهو كالتأكيد لقوله: **(يَتَحَتَّمُ قَتْلُهُ)**. **ابن عبد السلام**: **فإن قلت**: فإذا اختار الإمام قطعه أو نفيه على قول أبي مصعب ففعل ذلك فحل للولي قصاص. **قلت**: لا. انتهى.

وَيُقْتَلُ مَنْ أَعَانَ عَلَى الْقَتْلِ وَمَنْ لَمْ يُعِنْ، قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: وَلَوْ كَانُوا مِائَةَ أَلْفٍ

أي: من أعان في القتل بضرب أو إمساك أو لم يُعِن بهما لكن أعان بممالأة وهكذا في المدونة وغيرها.

ابن عبد السلام: ولابد من الممالأة الذي ذكرها عمر رضي الله عنه، وهو أن يكون ممن لم يضرب حضوراً بحيث إذا احتيج إلى إعانته أعان، وبذلك يفهم قول ابن القاسم: ولو كانوا مائة ألف.

وَيَسْقُطُ حَدُّ الْحِرَابَةِ بِالتَّوْبَةِ قَبْلَ الظَّفَرِ لا بَعْدَهُ وَيَكُونُ الْقِصَاصُ لِوَلِيِّ الدَّمِ وَلِلْمَجْرُوحِ كَغَيْرِ الْمُحَارِبِ ...

(قَبْلَ الظَّفَرِ) أي: قبل أن يقدر عليه لقوله تعالى: ﴿ إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ مِن قَبْلِ أَن تَقْدِرُواْ عَلَيْهِمْ ۖ فَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾ [المائدة: ٣٤]. واختلف في صفة توبته على ثلاثة أقوال حكاها في المقدمات:

الأول: لابن القاسم أن يترك ما هو عليه وإن لم يأتِ الإمام أو يأتِ الإمام طائعاً.

الثاني: لابن الماجشون أن يترك ما هو عليه ويجلس في موضعه ويظهر لجيرانه، وأما إن ألقى سلاحه وأتى الإمام طائعاً فإنه يقيم عليه حد الحرابة.

الثالث: أن توبته إنما تكون بالمجيء إلى الإمام، ولو ترك ما هو عليه لم يسقط ذلك عنه حكماً من الأحكام ولا يدل فراره على توبته، فإذا فر في القتال فقال ابن القاسم: إن كان قتل أحداً فليتبع، وإن لم يكن قتل أحداً فلا أحب أن يتبع ولا يقتل. وقال سحنون: يتبعون ولو بلغوا برك الغماد، وروي عنه أنه يتبع منهزمهم ويقتلون مقبلين ومدبرين ومنهزمين، وليس هروبهم توبة، وأما التذفيف على جريحهم فإن لم تتحقق هزيمتهم وخيف لحدتهم دفف عليه وإلا فهو أسير يحكم فيه الإمام بما يراه، وفي الموازية: قال ابن القاسم: لا يجهز على جريحهم ولم يره سحنون، ولا يسقط حد الحرابة بتأمينه إذا سأل الإمام بخلاف المشرك؛ لأن المشرك يقر إذا أمن على حاله وبيده أموال الناس، ولا يجوز تأمين المحارب على ذلك ولا أمان له قاله عبد الملك.

محمد: وإن امتنع المحارب بنفسه حتى أعطي الأمان فاختلف فيه، فقيل: يتم له ذلك، وقيل: ليس له ذلك وبهذا قال أصبغ.

وقوله: (**وَيَكُونُ الْقِصَاصُ... إلخ**) يعني: إذا سقط حد الحرابة بالتوبة لم يسقط حق الآدميين وما هو المعروف، وروى الوليد بن مسلم عن مالك: أنه يسقط عنه أيضاً ما أخذ من الأموال إلا ما كان قائماً جنسه، أو يكون قتل [٧٤٢/ أ] فللأولياء الخيار، ونظر ابن عبد السلام قولاً بسقوط حق الله تعالى وحق الآدميين إلا أنه يرد عين المال إن وجد، وقال: وهو الصحيح وظاهره سقوط القصاص عنه.

فَيُقْتَلُ الرَّبِيئَةُ وَمَنْ أَمْسَكَ لِلْقَتْلِ وَمَنْ تَسَبَّبَ لَهُ

عياض: الربيئة بفتح الراء وكسر الباء بواحدة مهموز: الطليعة التي تحرص المحاربين وتنظر لهم من الأماكن العالية.

وقوله: (**وَمَنْ أَمْسَكَ**) ظاهر التصور، **فإن قيل**: ما تقدم من قوله: (**وَيُقْتَلُ مَنْ أَعَانَ عَلَى الْقَتْلِ وَمَنْ لَمْ يُعِنْ**) يغني عن هذا، **قيل**: المتقدم فيمن ظفر به وهذا فيمن جاء تائباً، وقاله ابن عبد السلام وغيره.

وَأَمَّا مَنْ لَمْ يَتَسَبَّبْ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يُقْتَلُ، وقَالَ أَشْهَبُ: يُضْرَبُ مِائَةً وَيُحْبَسُ سَنَةً ...

أي: لم يتسبب في قتله ولكن التقوي به حاصل، ووافق أشهب ابن القاسم إذا أخذوا قبل التوبة، وأما إن تابوا قبل أن يقدروا عليهم فقط سقط عنهم حكم الحرابة، لا يقتل منهم إلا من ولي القتل ومن أعان عليه ومن أمسك له، وهو يعلم أنه يريد قتله ولكن يضرب كل واحد منهم ويحبس عاماً.

وَأَمَّا الْغُرْمُ فَكَالسَّارِقِ، وَقَالَ سُحْنُونٌ: إِنْ أُقِيمَ عَلَيْهِ حَدُّ الْحِرَابَةِ وَإِلا فَفِي ذِمَّتِهِ

ظاهر قوله: (**كَالسَّارِقِ**) جريان قولي ابن القاسم وأشهب، وأما القول الذي قدمه من القوم مطلقاً فلا يجد هنا، نعم وجد عكسه وهو عدم الغرم إلا أن يكون ما أخذه قائماً بعده. وقوله: (**وَقَالَ سُحْنُونٌ**) فيه نظر؛ لأنه يوهم أنه مخالف وليس كذلك هو موافق، ويوهم أن السرقة ليس الحكم فيها كذلك وهو كذلك كما تقدم، فلو أسقط قول سحنون لكان أحسن؛ لأنه هو عين قول ابن القاسم وأشهب.

وَيَغْرَمُ الْوَاحِدُ عَنِ الْجَمِيعِ تَائِباً أَوْ غَيْرَ تَائِبٍ

هذا قول مالك وابن القاسم وأشهب؛ لأن كل واحد إنما قوي بهم فكانوا كالحملاء.

(**تَائِباً أَوْ غَيْرَ تَائِبٍ**) حال من الواحد، وقال ابن عبد الحكم: لا أرى على كل واحد إلا ما أخذه، وكلامه يشعر بأن حكم المحاربين في ذلك مخالف لحكم السراق، وأن الواحد من السراق لا يضمن ما سرقه وأصحابه معه.

ابن عبد السلام: وهو ظاهر ما حكاه بعض الشيوخ، وحكى ابن رشد: أن في سماع عيسى أن السراق إذا تعاونوا والغاصب يضمنون ما أخذوه ضمان المحاربين.

أبو محمد صالح: معناه حيث يقطعون كلهم بالتعاون، وحكى اللخمي عن ابن الماجشون: إن كانوا لا يقدرون على ذلك إلا بالتعاون والكثرة، فمن أخذ منهم كان عليه جميع ما ذهب، وإن كان موضعاً يقوى عليه الواحد والاثنان فيلزمه ما يلزم جماعتهم.

وَمَا بِأَيْدِيهِمْ مِنَ الْمَالِ الَّذِي سَلَبُوهُ إِنْ طَلَبَهُ طَالِبٌ دُفِعَ إِلَيْهِ بَعْدَ الاسْتِينَاءِ وَالْيَمِينِ

ظاهره بغير حميل وهو مذهب المدونة، وقال سحنون: بل بحميل، وفي مختصر الوقار: إن كان من أهل البلد فبحميل وإن كان من غيره فبغير حميل أي لأنه يجد حميلاً.

وقوله: (**بَعْدَ الاسْتِينَاءِ**) قال مالك: من غير تطويل.

اللخمي: وإنما تدفع إليه إذا وصفه كما في اللقطة، وأما إن تداعاه رجلان قسم بينهما بعد أيمانهما، فإن حلف أحدهما فقط فهو له، وإن نكلا فليس لهما شيء إلا أن يقر المحاربون أنهم أخذوه من هذه الرفقة، أو كان أحدهما منهما والآخر ليس منهما فإنه لمن هو في الرفقة قاله اللخمي.

وقوله: (**وَالْيَمِينِ**) لا إشكال فيه وإذا دفعت لغير بينة ثم أثبت أحد أنها له، فإن على الأول الضمان إذا هلكت عندهم، قاله بعض الأصحاب.

ابن يونس: وأما أخذ المتاع ببينة يريد: أو بشاهد ويمين، ثم يثبت ما هو أقطع من ذلك وقد هلك بأمر الله تعالى فإنه لا يضمن شيئاً.

وَيَثْبُتُ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ وَلَوْ مِنَ الرُّفْقَةِ لا لأَنْفُسِهِمَا، وَلَوْ كَانَ مَشْهُوراً بِالْحِرَابَةِ فَشَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ فُلانٌ الْمَشْهُورُ ثَبَتَتِ الْحِرَابَةُ وَإِنْ لَمْ يُعَايِنَاهَا ...

قال في المدونة: وتجوز على المحاربين شهادة من حاربوه إن كانوا عدولاً؛ إذ لا سبيل إلى غير ذلك شهدوا لقتل وأخذ مال أو غيره، ولا تقبل شهادة واحد منهم لنفسه، وهذه الشهادة خارجة عن الأصل؛ إذ فيها العدواة، ولأن فيها: اشهد لي وأشهد لك، وإنما جازت للضرورة، ولما فيها من حق الله، والأموال تبع لها، وعورضت هذه المسألة بمسألة المتحملين؛ لأنه لم يجز هناك شهادة بعضهم لبعض إلا أن يكونوا نفراً كثيراً عشرين فأكثر، وأباه سحنون في العشرين وعارضوها أيضاً بما في سماع أبي زيد في رجلين شهد كل واحد منهما للآخر فقال: لا تجوز شهادتهما، وفرق ابن سهل بينهما بأن مسألة المتحملين ليس فيها حق الله تعالى فلذلك ردت؛ لأنهم تدركهم حمية البلدية وإن كان فيها الضرورة، ومسألة أبي زيد لا ضرورة فيها ولا حق الله فيها.

قوله: (**لا لأَنْفُسِهِمَا**) أي: لا تجوز شهادة الشخص لنفسه.

اللخمي: ولا لابنه قال: وتقبل شهادته إذا كان معه غيره أنه قتل ابنه أو أباه؛ لأنه إنما يقتل بالحرابة لا بالقصاص لا عفو فيه، ولو شهد بذلك بعد أن تاب المحارب لم تقبل شهادته؛ لأن الحق عاد إليه وله العفو والقصاص.

سحنون: فلو قالوا كلهم عند الحاكم: قتل كذا وكذا رجلاً وسلب منا كذا وكذا جارية والأحمال لفلان والثياب لفلان والجواري لفلان، فذلك جائز، ويجب به حد الحرابة، قاله مالك وابن القاسم وأشهب.

قوله: [٧٤٢/ ب] (**وَلَوْ كَانَ مَشْهُوراً.... إلخ**) تصوره ظاهر ونحوه في الجواهر، ابن عبد السلام: وظاهره أن الإمام يكتفي بمجرد علمه بالشهرة وإن لم تقم بها بينة، والذي حكاه الباجي عن سحنون إذا توارت شهرة المحارب باسمه، فأتى من يشهد أن هذا فلان، وقالوا: لم نشاهد قطعه على الناس وما اشتهر به من القتل وأخذ الأموال، قتل بهذه الشهادة، وهذا آكد من شاهدين على العيان.

خليل: والظاهر أن كلام المصنف للمخالفة فيه لهذا؛ لأن قوله: (**فَشَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ فُلانٌ الْمَشْهُورُ**) يقتضي أن الشهادة نصت على المجموع؛ لأنه لا يشتهر عند الإمام إلا بعد شهادة عند غيره غالباً، ونقل اللخمي عن سحنون إذا حبس الإمام المحاربين بشهادة عدل وشهد معه قوم غير عدول، ومن هؤلاء المحاربين من اشتهر اسمه بالفساد لا يعرفه بعينه، فليخرجه الإمام ويرقبه ويشهره حيث ينظر إليه المسافرون ثم يتم ذلك بنحو ما تقدم، وقال محمد: إن استفاض ذلك الذكر عنهم وكثر أَدَّبهم الإمام وحبسهم.

الشُّرْبُ الْمُوجِبُ: شُرْبُ الْمُسْلِمِ الْمُكَلَّفِ مَا يُسْكِرُ جِنْسُهُ مُخْتَاراً مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ وَلا عُذْرٍ ...

هذه هي الجناية السابعة.

قوله: (**الْمُوجِبُ**) أي: للحد، واحترز بالمسلم من الكافر وبالمكلف من الصبي والمجنون، وأسند السكر للجنس؛ ليدخل القليل؛ لأنه وإن لم يسكر فجنسه سيسكر، واحترز بالمختار من المكره، ولغير ضرورة من المضطر إلى إساغة، وبلا عذر ممن يشرب خمراً يسقى ماءً ونحو ذلك.

فَيَجِبُ بِالْقَلِيلِ وَالْكَثِيرِ

الضمير في (**يَجِبُ**) يعود على الموجب وهو الحد؛ لأن الموجب المتقدم يدل عليه، ونبه بهذا على قول الحنفية أنه لا يحرم القليل الذي لا يسكر إلا من ماء العنب، ولنا ما رواه مسلم أن عمر رضي الله عنه خطب على منبره عليه الصلاة والسلام وأثنى عليه ثم قال: أما بعد: ألا وإن الخمر نزل تحريمها يوم نزل وهي من خمسة أشياء: من الحنطة، والشعير، والتمر، والزبيب، والعسل، والخمر ما خامر العقل. وفي الترمذي: قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «**مَا أَسْكَرَ كَثِيرُهُ فَقَلِيلُهُ حَرَامٌ**»، وقال: حسن غريب، وفي مسلم عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «**كُلُّ مُسْكِرٍ خَمْرٌ وَكُلُّ مُسْكِرٍ حَرَامٌ، مَنْ شَرِبَ الْخَمْرَ فِي الدُّنْيَا فَمَاتَ وَهُوَ مُدْمِنُهَا لَمْ يَتُبْ لَمْ يَشْرَبْهَا فِي الآخِرَةِ**».

فإن قيل: المسكر حقيقة ما حصل عنه السكر، **قيل**: لا نسلم، وما يذكر في أصول الفقه من اشتراط حصول المعنى في كون المشتق حقيقة إنما هو إذا كان المشتق يحكم به، وأما إذا كان متعلق الحكم فلا، ولو سلم فينقض بالخمر، وأما استدلالهم بما رواه البزار

عن ابن عباس رضي الله عنهما: قال: حرمت الخمر بعينها قليلها وكثيرها سواء، والمسكر من كل شراب. فهو إن صح إسناده وروي مرفوعاً من حديث جماعة من الصحابة رضي الله عنهم، لكن قال عبد الحق: رواته كلهم ما بين ضعيف ومجهول.

وَلا حَدَّ عَلَى مُكْرَهٍ وَلا مُضْطَرٍّ إِلَى الإِسَاغَةِ وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ حَرَامٌ

لما رواه ابن ماجه: «**رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالنِّسْيَانُ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ**»، وذكر ابن شاس في باب الأطعمة أنه لا تحل الإساغة للغصة بها على خلاف فيها، وإلى القول بالتحريم أشار المصنف بقوله: (**وَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ حَرَامٌ**)، وفي الجلاب عن أبي الفرج: لا بأس أن يشربها ليدفع بها غصة وهو الظاهر ولا يبعد الوجوب.

ابن عبد السلام: والظاهر أن الضمير في (**إِنَّهُ حَرَامٌ**) على الإساغة وحدها دون الإكراه، والخلاف في الصورتين، ولكن التحقيق أنه ليس بحرام فيهما، وربما أنكر بعضهم عدم الخلاف في الغصة، والمنصوص عدم شربها للجوع وللعطش.

مالك: ولا يزيده إلا عطشاً، وقيل: بجوازه وهو اختيار ابن العربي وغيره، فإن ذلك تخفيفاً على الجملة ولو لحظة.

وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لا يَجُوزُ التَّدَاوِي بِمَا فِيهِ الْخَمْرُ وَلا بِنَجِسٍ

الباجي وغيره: إنما هذا الخلاف في ظاهر الجسد؛ **يعني**: ويمنع في الباطن اتفاقاً، وما عبر عنه المصنف بالصحيح عبر عنه ابن شاس بالمشهور.

ابن عبد السلام: وأجاز مالك لمن عثر أن يبول على عثرته، وفي مسلم: أنه عليه الصلاة والسلام سئل عن جعلها في الدواء، فقال صلى الله عليه وسلم: «**إِنَّهُ لَيْسَ بِدَوَاءٍ وَلَكِنَّهُ دَاءٌ**»، وكره مالك أن يداوي بها دبر الدواب.

وَفِي الْبَدَوِيِّ يَدَّعِي جَهْلَ التَّحْرِيمِ قَوْلانِ، بِخِلافِ مُدَّعِي الْجَهْلِ الْحَدُّ

أي: مع كونه يعلم التحريم فإنه يحد اتفاقاً، والقول بالحد لمالك وأصحابه إلا ابن وهب فإنه قال: لا حد عليه.

مالك: وقد ظهر الإسلام وفشا فلا يعذر جاهل في شيء من الحدود.

وَالصَّحِيحُ: أَنَّهُ لا حَدَّ عَلَى الْمُجْتَهِدِ يَرَى حِلَّ النَّبِيذِ، وَمُقَلِّدِهِ

المحكي عن مالك وأصحابه وجوب الحد عليه، وعدم قبول شهادته إلا أن الباجي تأوله، فقال: لعل هذا فيمن ليس من أهل الاجتهاد والعلم، فإن كان من أهل العلم والاجتهاد، فالصواب أنه لا حد إلا أن يسكر منه، قال: وقد جالس مالك سفيان الثوري وغيره من الأئمة، ممن كان يرى شرب النبيذ مباحاً، فما أقام على أحد منهم الحد ولا دعا إليه مع إقراره بشربه، وظاهرهم وناظرهم عليه، وصحح هذا [٧٤٣/ أ] القول غير واحد من المتأخرين؛ لأنا إن قلنا كل مجتهد مصيب فواضح، وإن كان المصيب واحداً فلا أقل من أن يكون هذا شبهة.

وقوله: (**عَلَى الْمُجْتَهِدِ وَمُقَلِّدِهِ**) فهو بكسر اللام، وأورد على قول مالك بحده أنه قد نفى الحد عن المتزوج بلا ولي، وأجيب بأن مفسدة النكاح يمكن تلافيها بالصلاح وردها إلى العقد الصحيح كغير هذه الصورة من النكاح الفاسد، ولا يمكن مثل ذلك في الأشربة من الزجر عنها وهو الحد، وفيه نظر.

وَمَنْ ظَنَّ مُسْكِراً شَرَاباً آخَرَ فَلا حَدَّ

كما عذر من وطئ الأجنبية يظنها زوجته.

وَيَثْبُتُ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ وَبِالإِقْرَارِ

أي: لا خلاف في ذلك فإن رجع عن الإقرار؛ فإما إلى شبهة، أو لا وهو كالزنى.

وَالشَّهَادَةُ عَلَى الشَّمِّ مِمَّنْ يعْرِفُهَا كَالشُّرْبِ، وَحكَمَ بِهِ عُمَرُ

ذكر أبو عمر أن هذا قول مالك وجمهور أهل الحجاز، خلافاً للشافعي وجمهور أهل العراق لاحتمال أن يكون يتمضمض بها، ورأى مالك أن هذا مرجوح.

وقوله: (**مِمَّنْ يعْرِفُهَا**) ظاهره سواء تقدم شربه لها كالكافر والعاصي ثم يتوب أولاً، وهو قول الباجي وغيره، واشترط ابن القصار تقدم الشرب.

ابن عبد السلام وغيره: الأول هو الصحيح إذ لا تخفى رائحتها على كثير من الناس وإن شهد شاهدان على رائحة الخمر وخالفهما غيرهما، فقال ابن عبد السلام: قالوا يحد وهو مشبه باختلاف القولين في المسروق، ومذهب المدونة إعمال شهادة من شهد بأن قيمته ربع دينار، ورأى بعضهم أن ذلك الاختلاف شبهة، وهكذا ينبغي أن يكون هنا وإن شك شهود بالرائحة فالمنصوص أن يسلم إلى حال المشهود عليه، فإن كان من أهل السفه نكل وإن كان من أهل الخير ترك، ثم إن جاء الشهود من غير طالب أو أقام محتسب فلابد أن يكونوا اثنين أو أكثر، وإن أمر القاضي بالاستنكاه فاستحب أصبغ اثنين وأجاز الاكتفاء بواحد وهو بعيد؛ لأنه يئول إلى حكم القاضي بعلمه في الحدود وإن شهد عليه بالعمد وجب الحكم عندنا، وحكم به عمر وعثمان رضي الله عنهما وهو أقوى من الشم. انتهى كلام ابن عبد السلام.

اللخمي: ويستدل عند الشك بالرائحة تخليط عقله فإن حصل ذلك حد وإلا فلا.

عبد الملك: وقد يختبر بالقراءة التي لا شك في معرفته من الصور القصار فإن ذلك يحسن عند الإشكال.

وَمُوجَبُهُ: ثَمَانُونَ جَلْدَةً بَعْدَ صَحْوِهِ، وَيُتَشَطَّرُ بِالرِّقِّ

لما في الموطأ أن عمر رضي الله عنه استشار في الخمر يشربها الرجل، فقال علي رضي الله عنه: نرى أن تجلده ثمانين جلدة، فإنه إذا شرب سكر، وإذا سكر هذى، وإذا هذى افترى، فجلد عمر رضي الله عنه في الخمر ثمانين.

أبو عمر: وقد انعقد إجماع الصحابة رضي الله عنهم في حد الخمر على الثمانين ولا مخالف لهم منهم، وعلى ذلك جماعة التابعين وجمهور فقهاء المسلمين، والخلاف في ذلك كالشذوذ المحجوج بالجمهور.

وقوله: (**بَعْدَ صَحْوِهِ**) هكذا نص عليه ابن القاسم وغيره.

اللخمي وصاحب البيان: فإن جلد في حال سكره اعتد بذلك إن كان عنده ميز، فإن كان طافحاً أعيد عليه الحد، وإن لم يحس بالألم في أول الحد ثم حس في أثنائه حسب له من أول ما أحس به.

(**وَيُتَشَطَّرُ بِالرِّقِّ**) أي: كله أو بعضه.

وَالْحُدُودُ كُلُّهَا بِسَوْطٍ وَضَرْبٍ مُعْتَدِلَيْنِ

يعني: حد الزنى والقذف والشرب، والأصل في هذا ما في الموطأ: أن رجلاً اعترف على نفسه بالزنى على عهد رسول الله صلى وعليه وسلم، فأتي بسوط مكسور فقال: «فَوْقَ هَذَا»، وأتي بسوط جديد لم تقطع ثمرته فقال: «دُونَ هَذَا»، فأتي بسوط قد ركب به ولان فأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم، والمشهور ما ذكره المصنف من تساوي الضرب في الحدود، وقال ابن حبيب: ضرب الخمر أشدها.

قَاعِداً غَيْرَ مَرْبُوطٍ مُخَلَّى الْيَدَيْنِ عَلَى الظَّهْرِ وَالْكَتِفَيْنِ دُونَ غَيْرِهِمَا

أي: ويضرب قاعداً، قال في المدونة: ولا يقام وتخلى له يداه، وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال للجلاد في الخمر: اضرب ودع له يديه يتَّقي بهما. وإذا اضطر بأن لا يصل الضرب معه إلى موضعه فإنه يربط.

قوله: (**عَلَى الظَّهْرِ وَالْكَتِفَيْنِ دُونَ غَيْرِهِمَا**) هو قول مالك في الموازية، وقال ابن شعبان: يعطى كل عضو حقه من الجلد إلا الوجه والفرج، واستحسن اللخمي الأول لما أخرجه البخاري ومسلم من قوله صلى الله عليه وسلم لهلال بن أمية فيمن قذف زوجته: «**وَإلاَّ حَدٌّ فِي ظَهْرِكَ**».

وَيُجَرَّدُ الرَّجُلُ، وَيُتْرَكُ عَلَى الْمَرْأَةِ مَا لا يَقِيهَا، وَاسْتُحْسِنَ أَنْ تُجْعَلَ فِي قُفَّةٍ

هكذا قال مالك في المدونة: أن يجرد الرجل.

قوله: (**وَيُتْرَكُ**) أي: يترك عليها من الثياب ما يسترها ولا يقيها الضرب، ابن القاسم: ولا بأس بثوبين وينزع ما سوى ذلك.

ابن الجلاب: وتنزع الجبة والفرو، وبلغ مالكاً أن بعض الأمراء أقعد المرأة في القفة فأعجبه.

اللخمي: ويجعل عليها تراب وماء للستر.

وَيُؤَخَّرُ حَيْثُ يُخْشَى الْهَلاكُ كَمَا تَقَدَّمَ فِي الزَّانِي

أي: حد المحدود وهو ظاهر، فإن كان هرماً أو شبهه ويخشى عليه الهلاك بسبب ولا ترجى له صحة فإنه يفرق عليه الضرب في أوقات، فإذا أقيم الحد على الشارب أطلق، ووقع في بعض الأقوال: المشهور بالفسق فطاف به ويلزم السجن.[٧٤٣/ ب]

وَمَنْ جَنَى مَعْصِيَةً مِنْ حَقِّ اللهِ تَعَالَى أَوْ حَقِّ آدَمِيٍّ عَزَّرَهُ الْحَاكِمُ بِاجْتِهَادِهِ بِقَدْرِ الْقَائِلِ وَالْمَقُولِ لَهُ وَالْقَوْلِ ...

لما فرغ من الجنايات التي رتب الشارع عليها عقوبة معلومة أخذ فيما لم يرتب عليه عقوبة معلومة، ولهذا يقع في بعض النسخ (التعزير) على وجه الترجمة، وبيَّن أنه لا فرق في المعصية بين حق الله تعالى وحق الآدمي، ومعنى حق الله تعالى؛ أي الذي لا يتعلق به للآدمي حق كالأكل في رمضان، وحق الآدمي أن يتعلق به للآدمي كشتمه وضربه، وهو أيضاً لا يخلو عن حق الله تعالى؛ لأن من حقه تعالى على كل مكلف ترك أذاه، ولما كان هذا القسم إنما ينظر فيه باعتبار حق الآدمي جعل قسماً للأول، فإن الحاكم يعزره باجتهاده وإن عزر بجهل فهو أخف، ولا يسمى حق الله تعالى، وقد يعتبر أيضاً ما ينزجر به غيره من أن يقع في مثل ما وقع فيه هذا العاصي.

وقوله: (**بِحَسَبِ الْقَائِلِ وَالْمَقُولِ لَهُ وَالْقَوْلِ**) فيه قصور؛ لأنه لا يتناول إلا المعصية القولية.

فَيُخَفَّفُ وَيُتَجَافَى عَنِ الرَّفِيعِ وَذِي الْفَلْتَةِ، وَيُثَقَّلُ عَلَى ذِي الشَّرِّ

هذا نظراً إلى جانب القائل، وكذلك ينظر إلى جانب القول، وجانب المقول فيه، فإن كان القول عظيماً من ذي الشرف المخاطب برفيع القدر بالغ في الأدب وخفف في العكس.

وقوله: (**وَيُتَجَافَى**) خاص بحقوق الآدميين، وأما في حق الله تعالى فنقل في البيان عن بعض العلماء: فيه التجافي، قال: ولم يره مالك.

وَيَكُونُ بِالضَّرْبِ وَالْحَبْسِ، وَبِالإِقَامَةِ وَبِنَزْعِ الْعِمَامَةِ وَبِغَيْرِ ذَلِكَ

لأن القصد الانزجار ولهذا لا يتخصص بسوط ولا يد جنس ولا غيره.

ابن رشد: ومن قال: لرجل يا كلب، إن كانا من ذوي الهيئة عوقب القائل عقوبة خفيفة يهان بها ولا يبلغ به السجن، وإن كانا من غير ذي الهيئة عوقب القائل أشد عقوبة من الأولى يبلغ فيها السجن، وإن كان القائل من ذي الهيئة والمقول له عكسه عوقب بالتوبيخ، ولا يبلغ به الإهانة ولا السجن وبالعكس عوقب بالضرب.

وَقَدْ يُزَادُ عَلَى الْحَدِّ وَلا يَنْتَهِي إِلَى الْقَتْلِ

هذا هو المشهور عن مالك وابن القاسم.

وقوله: (**وَلا يَنْتَهِي إِلَى الْقَتْلِ**) أي: لا يكون الأدب بالقتل، ويحتمل لا ينتهي في الأدب بالضرب إلى ما يخشى منه القتل، وقد قال مطرف: يضربه وإن أتى على النفس، وروي عن مالك في العتبية: أنه أمر بضرب شخص وجد مع صبي في سطح المسجد وقد جرده وضمه إلى صدره أربعمائة سوط، وانتفخ ومات ولم يستعظم ذلك مالك، وقال ابن مسلمة: لا يتجاوز ثمانين، وقد روى القعنبي عن مالك: لا يجاوز خمسة وسبعين سوطاً، وروى أصبغ: أقصاها ما ينتهي إليه جرم الفساد مائتان، وقال مطرف في الواضحة: أقصاها ما يبلغ به الأدب في الجرم ثلاثمائة، لا يزاد السلطان في الأدب على عشرة أسواط ولا المؤدب على ثلاثة، وكذا قال سحنون: لا يزيد المؤدب أزيد من ثلاثة أسواط فإن زاد عليها اقتص منه، واستشكله غير واحد، وحجة أشهب ما في الصحيح عن أبي بردة الأنصاري رضي الله عنه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: «**لاَ يُجْلَدُ أَحَدٌ فَوْقَ عَشْرَةِ أَسْوَاطٍ إِلاَّ فِي حَدٍّ مَنْ حُدُودِ اللهِ تَعَالَى**».

وَيُؤَدِّبُ الأَبُ وَالْمُعَلِّمُ بِإِذْنِهِ الصَّغِيرَ لا الْكَبِيرَ

هكذا قال ابن شاس، وظاهر قول مالك في الذي شتمه خاله أو عمه أو جده: لا أرى عليه في ذلك شيئاً إذا كان على وجه الأدب ونحوه تأديب الكبير، وقد طعن أبو بكر

في خاصرة عائشة رضي الله عنهما ورأسه صلى الله عليه وسلم في حجرها، وكذلك في مخاطبته لعبد الرحمن في حديث الضيفان.

وَالسَّيِّدُ رَقِيقَهُ

أي: في حقه وحق الله تعالى بشرط ألا يكون مبرحاً.

وَالزَّوْجُ بِمَا يَتَعَلَّقُ بِمَنْعِ حَقِّهِ

أي: في النشوز للآية، ووقع لابن رشد أنه يؤدب زوجته في تركها الصلاة.

وَالتَّعْزِيرُ جَائِزٌ بِشَرْطِ السَّلامَةِ، فَإِنْ سَرَى فَعَلَى الْعَاقِلَةِ بِخِلافِ الْحَدِّ

أي: شرط السلامة غالباً في الذهن، وفي هذا الشرط نظر؛ لأنه مخالف لقول ابن الماجشون وغيره: وإن أتى على النفس. والظاهر الحكاية المنقولة عن مالك، ولكن الحاكم وغيره إذا جازت له العقوبة - يعني - ألا يكون عليه ضمان وتضمينهم مع أمرهم كتكليف ما لا يطاق.

وذكر في الإكمال: أنهم اختلفوا فيمن مات من التعزير، فقال الشافعي: عقله على عاقلة الإمام وعليه الكفارة، وقيل: على بيت المال، وجمهور العلماء: ولا شيء عليه، وفي الموطأ في الرجل يضرب امرأته بالحبل والسوط فيصيبها من ضربه ما لم يرد ولم يتعمد فإنه يعقل ما أصاب منها على هذا الوجه، وفي المجموعة لمالك في معلم الكتَّاب والصنعة إن ضرب صبياً ما يعلم أنه من الأدب فمات فلا يضمن، ظاهره خلاف الموطأ إلا أن يحمل ما في الموطأ أنه خطأ بالزيادة في الأدب، أو يريد بها في المجموعة: لا يضمنه في ماله بخلاف الحد؛ أي: فلا يضمن مما سرى منه ونقل في ذلك الإجماع، فإن علم أن التعزير لا يحصل به زجر فلا يفعل لكن يسجن الكبير حتى تحقق توبته ولا يعرض للصغير، هذا أشار إليه ابن عبد السلام والشافعي وهو ظاهر.

مَنْ فَعَلَ فِعْلاً يَجُوزُ لَهُ مِنْ طَبِيبٍ وَشِبْهِهِ عَلَى وَجْهِ الصَّوَابِ فَتَوَلَّدَ مِنْهُ هَلاكٌ أَوْ تَلَفُ مَالٍ فَلا ضَمَانَ عَلَيْهِ ...

[٧٤٤/ أ] الضمان ترجمة، وهذه المسألة أجري على القواعد التي قبلها، وشبه الطبيب الخادم والحجام ونحو ذلك، واحترز بقوله: (**عَلَى وَجْهِ الصَّوَابِ**) لهما لو لم يفعله على وجه الصواب كما سيأتي.

(**فَتَوَلَّدَ مِنْهُ هَلاكٌ أَوْ تَلَفُ مَالٍ**) يكون في الرقيق، وفي مثل فعل البيطار، وما ذكره من نفي الضمان مفيد بما إذا لم يكن السلطان قد تقدم إلى الأطبة والحجامين ألا يقدموا على شيء مما فيه ضرر إلا بإذنه، ففعلوا ذلك بغير إذنه فعليهم الضمان فيما تلف في أموالهم، رواه أشهب في ابن رشد، وقال ابن دحون: هو على العاقلة إلا فيما دون الثلث، وهو خلاف الراوية.

فَإِنْ كَانَ جَاهِلاً أَوْ لَمْ يُؤْذَنْ لَهُ أَوْ أَخْطَأَ فِيهِ، أَوْ فِي مُجَاوَزَةٍ أَوْ تَقْصِيرٍ فَالضَّمَانُ كَالْخَطَأِ ...

يعني: إن لم يكن له بذلك علم وفعل ذلك على وجه الجرأة، وتولى الطبيب ذلك من غير أن يؤذن له، فآل إلى التلف أو أخطأ فيه، كما لو أراد قلع سن فقلع غيرها، أو في مجاوزة بأن أخذ من مأخذه، ولكن تجاوز حده، أو قصر فالضمان كالخطأ؛ أي: فتحمل العاقلة الثلث فأكثر، ولا تحمل الأقل، وهكذا قال عيسى ابن دينار، وهو ظاهر ما رواه أصبغ عن ابن القاسم، وقيل: الدية عليه في ماله دون العاقلة.

ابن رشد: وهو ظاهر قول مالك في العتبية، وشبه المصنف المسألة بالخطأ؛ لأن بعض وجوه المسألة كالجهل، وعدم الإذن قد يظن أنه من العمد، وينفرد الجاهل بالأدب.

ابن رشد: والغرب والسجن، ولا يؤدب المخطئ، وهل يؤدب من لم يؤذن له؟ فيه نظر.

وقيل بعدم ضمانه لكأن له وجه والله أعلم؛ لأنه كالمأذون له بالعرف إذا كان من المشهورين بالطب وخيف الفوات في العلاج، ولو ادعى على الطبيب العمد فيما زاد أو قصر، وادعى هو الخطأ فالقول قوله، واختلف قول سحنون في الزوج والسيد يفقأ عين زوجته، فيقول السيد أو الزوج: فعلت ذلك أدباً، وتقول المرأة أو العبد فعل ذلك عمداً على الخطأ أو على الأدب، وإليه رجع، وفرق في القول الأول بين الطبيب وبين الزوج والسيد؛ لأن فعل الطبيب ابتدأ على الإذن ولم يثبت الإذن في حق الزوج والسيد.

ابن رشد: الأظهر في السيد أن يحمل أمره على الخطأ إلا أن يعلم أنه قصد به التمثيل فيباع عليه إن قصد العبد ذلك، وأما الزوج فالذي أراه في ذلك أن يحمل أمره على الخطأ، لا على العمد، ولكن يكون كشبه العمد، وتكون فيه الدية على الجاني، وإن طلبت المرأة فراقه، وقالت: أخافه على نفسي، طلقت عليه طلقة بائنة.

وَإِذْنُ الْعَبْدِ لَهُ أَنْ يَحْجِمَهُ أَوْ يَخْتِنَهُ غَيْرُ مُفِيدٍ

فيضمن الفاعل ولا يفيده إذن العبد، وهكذا نص عليه في المجموعة، وزاد: وكذلك إذا أذن له أن يقطع عرقه، وهذا ظاهر في الختان، وأما الحجامة والفصد فالعرف مطرد بعدم الاحتياج إلى إذن السيد، لاسيما إذا كان موجب الحجامة ظاهراً.

وَمَنْ أَجَّجَ نَاراً عَلَى سَطْحٍ فِي يَوْمٍ عَاصِفٍ ضَمِنَ، وَلَوْ بَغَتَتْهُ الرِّيحُ لَمْ يَضْمَنْ

ظاهر كلام المصنف أن للسطح تأثيراً في الضمان، والذي في المدونة في حريم الآبار، في من أرسل في أرضه ماء أو ناراً، فوصل إلى أرض جاره، فأفسد زرعه، فإن كان أرض جاره بعيدة يؤمَن أن يصل ذلك إليها، فتحاملت النار بريح أو غيرها، فلا شيء عليه، وإن لم يؤمَن وصول ذلك إليها لقربها فهو ضامن، وما قتلت النار من نفس فعلى عاقلة مرسلها، وكذلك الماء، فالعبرة على هذا إنما هي بالأمن وعدمه، وروى اللخمي: الضمان

في البعيد إذا كانت الريح لتلك الأرض، إلا أن تكون بعيدة جداً، وعدمها إن لم يكن وقت أرسلها ريح، ثم حدثت، أو كانت وتغيره إلى الناحية المحترقة، قال غير واحد: يضمن إن كانت الأعشاب متصلة وإن بعدت.

وقوله في المدونة: وما قتلت النار من نفس فعلى عاقلة مرسلها؛ أي: إذا كان لا يؤمن أصولها، وأما مع الأمان فلا ضمان في النار، كما لابن كنانة ما ظاهره خلاف مذهب المدونة، قال فيمن أشعل ناراً في حائط رجل فتعدت النار على غيره فتحرقه من زرع أو حائط عليه غرم ما أشعل فيه دون ما عدت عليه.

وَسُقُوطُ الْمِيزَابِ هَدَرٌ

يعني: إذا اتخذ ميزاباً للمطر فوقع على إنسان أو مال فلا شيء في ذلك؛ لأنه اتخذته حيث يجوز له اتخاذه، وينبغي أن تقيد هذه المسألة بالتي بعدها؛ وهي قوله:

وَفِي سُقُوطِ الْجِدَارِ الْمَائِلِ وَأُنْذِرَ صَاحِبُهُ وَأَمْكَنَهُ تَدَارُكُهُ - الضَّمَانُ

قوله: (**الْمَائِلِ**) أي: بعد بنائه مستقيماً، وأما لو بني مائلاً لضمن من غير تفصيل هكذا، قال ابن شاس: ومراده بالإنذار الإشهاد، كما نص عليه في المدونة.

ابن عبد السلام: ومعناه عند القاضي، أو من له النظر في ذلك، ولا ينفع الإشهاد إذا لم يكن كذلك، إذا كان رب الحائط منكراً لميلانه بحيث يخشى عليه السقوط؛ أنه لو كان مقراً فإنه يكتفى بالإشهاد، وإن لم يكن عند حاكم قاله بعض القرويين، وفي البيان في أدب السلطان الثاني: وقول يحيى - أنه ضامن لما أفسد الحائط إن انهدم بعد التقدم إليه والإشهاد عليه [٧٤٤/ ب] وإن لم يكن ذلك سلطاناً - مفسر لقول ابن القاسم: ومثل ما في المدونة.

وقال عبد الملك وابن وهب: لا ضمان عليه إلا ما أفسد بانهدامه بعد أن قضى عليه السلطان بهدمه ففرط في ذلك، وقال أشهب وسحنون: لا يشترط الإشهاد بل يكتفى أن يبلغ إلى حالة لا يكون لصاحبه أن يتركه لشدة ميله.

قوله: (**وَأَمْكَنَهُ تَدَارُكَهُ**) أي: رب الحائط إزالة الضرر، إما بهدم الحائط، وأما بتدعيمه، وتراخى، وأما إذا لم يمكنه فبادر إلى رفع الأذى فسقط؛ فلا ضمان، ولو تقدم إليه في ذلك.

وَيَجُوزُ دَفْعُ الصَّائِلِ بَعْدَ الإِنْذَارِ لِلْفَاهِمِ مِنْ مُكَلَّفٍ أَوْ صَبِيٍّ أَوْ مَجْنُونٍ أَوْ بَهِيمَةٍ عَنِ النَّفْسِ وَالأَهْلِ وَالْمَالِ ...

قوله: (**مِنْ مُكَلَّفٍ**) يتعلق بالصائل، وفي الكلام تقديم وتأخير، وتقديره: ويجوز دفع الصائل من مكلف أو صبي أو مجنون أو بهيمة عن النفس والأهل والمال بعد الإنذار للفاهم، وإلا فغير الفاهم لا يمكن إنذاره، وقد تقدم في إنذار المحارب خلاف، فانظر هل يأتي هنا، وروى عيسى عن ابن القاسم: إن قتل الرجل الجمل الصول بعد التقدم إلى صاحبه فذكر أنه أراده وصال عليه، لا غرم عليه، ويقبل قوله في ذلك ابن رشد، يريد مع يمينه إذا كان بموضع لا يحضره الناس، واختلف في التقدم لأرباب البهائم هل لابد من السلطان أم لا، وعلى قول سحنون إذا بلغ الحائط مبلغاً يجب عليه هدمه، يضمن ولا يحتاج إلى التقدم.

ابن رشد: وهذا الخلاف إنما هو إذا اتخذ حيث يجوز له، وإلا فهو ضامن اتفاقاً، ومذهب أشهب في الكلب العقور والجمل الصول أنه لا ضمان على صاحبها، وإن تقدم إليه فهو قول رابع، وحيث ضمناه، قال ابن القاسم: في ماله، وقال ابن وهب: على العاقلة، ويثبت بالشاهد واليمين عند ابن القاسم، وقال أصبغ: لا يثبت إلا بشاهدين.

ابن رشد: ويأتي على قول ابن وهب في إلزامه العاقلة أنه يحبس بما يستحقق به دم الخطأ من قسامة وغير ذلك.

فَإِنْ عُلِمَ أَنَّهُ لا يَنْدَفِعُ إِلا بِالْقَتْلِ جَازَ قَتْلُهُ قَصْداً ابْتِدَاءً وَإِلا فَلا

هكذا قال القاضي أبو بكر؛ لأنه قال: لا يقصد قتله، وإنما يقصد الدفع، فإذا أدى إلى القتل فبذلك قال، وإن علم أنه لا يندفع عنه إلا بقتله فجائز له أن يقصد القتل ابتداء، وقد يقال: ينبغي أن يكون القتل هنا واجباً؛ لأنه يتوصل به إلى إحياء نفسه لاسيما إن كان الصائل غير آدمي، اللهم إلا أن يحمل كلام القاضي على أنه يمكنه الهروب، ولا يقبل منه إذا قتله دعوى أنه كان قصد قتله، كمن زعم أنه أراد زوجته إذا لم تتقدم منه شكوى.

وَمَنْ قَدَرَ عَلَى الْهُرُوبِ مِنْ غَيْرِ مَضَرَّةٍ لَمْ يَجُزْ لَهُ الْجَرْحُ

إذا قدر المصول إليه على الهروب من الصائل من غير مضرة تلحق المصول إليه لم يجز له جرح الصائل؛ لأنه من باب ارتكاب أخف المفسدتين، وهذا في غير المحاربين، وأما المحاربون فقد تقدم أن قتالهم جهاد.

وَلَوْ عَضَّهُ فَسَلَّ يَدَهُ ضَمِنَ أَسْنَانَهُ عَلَى الأَصَحِّ

عبر المازري وغيره عنه بالمشهور، ونقل مقابله عن بعض الأصحاب: وهو أظهر لما في الصحيحين عَنْ عِمْرَانَ بْنِ الْحُصَيْنِ رضي الله عنه أَنَّ رَجُلًا عَضَّ يَدَ رَجُلٍ فسل يَدَهُ مِنْ فَمِهِ فَوَقَعَتْ ثَنَايَاهُ فَاخْتَصَمَا إِلَى النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فَقَالَ: «**يَعَضُّ أَحَدُكُمْ أَخَاهُ كَمَا يَعَضُّ الْفَحْلُ، لاَ دِيَةَ لَكَ**». زاد أبو داود رضي الله عنه: وإن شئت أن تمكنه من يدك فيعضها ثم تنزعها من فيه.

وقال ابن المواز: الحديث لم يروه مالك، ولو ثبت عنده لم يخالفه. وتأوله بعض شيوخ المازري على أن المعضود لا يمكنه النزع لها بذلك، وحمل تضمين الأصحاب على أنه يمكنه النزع برفق بحيث لا يقطع أسنان العاض، فصار متعدياً في الزيادة، فلذلك ضمنوه.

وَلَوْ نَظَرَ مِنْ كُوَّةٍ أَوْ مِنْ صِيرِ بَابٍ فَقَصَدَ عَيْنَهُ فَالْقَوَدُ

(الصير) بكسر الصاد: شق الباب، قاله الجوهري وعبر به تبعاً للحديث، والقود نقله المازري عن أكثر الأصحاب، ونقل عن الأقل نفيه لما في الصحيحين عنه عليه الصلاة والسلام: «**لَوْ أَنَّ امْرَأً اطَّلَعَ عَلَيْكَ بِغَيْرِ إِذْنٍ فَحَذَفْتَهُ بِحَصَاةٍ فَفَقَأْتَ عَيْنَهُ مَا كَانَ عَلَيْكَ جُنَاحٌ**»، وحمل الأولون الحديث على دفعه من غير قصد لفقأ عينه أو مع القصد، ولكن الذي نفاه في الحديث إنما جناح، وأما الدية فلا ذكر لها، ودل كلام المصنف على أن القود مشروط بقصد العين؛ لقوله: (**فَقَصَدَ عَيْنَهُ**).

وَمَا أَتْلَفَهُ الْبَهَائِمُ مِنَ الزَّرْعِ نَهَاراً فَلا ضَمَانَ، وَفُسِّرَ: إِنْ اسْتُهْمِلَ بِغَيْرِ حَافِظٍ، وَأَمَّا اللَّيْلُ فَالضَّمَانُ ...

والأصل في هذا ما رواه مالك مرسلاً، قال في الاستذكار: وهو مراسيل الثقات وتلقاه أهل الحجاز وطائفة من العراق بالقبول: **أَنَّ نَاقَةَ الْبَرَاءِ بْنِ عَازِبٍ دَخَلَتْ حَائِطَ رَجُلٍ فَأَفْسَدَتْ فِيهِ، فَقَضَى رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّ عَلَى أَهْلِ الْحَائِطِ حِفْظَهَا بِالنَّهَارِ وَأَنَّ مَا أَفْسَدَتْ الْمَوَاشِي بِاللَّيْلِ فَضَمانُهُ عَلَى أَهْلِهَا**.

قوله: (**وَفُسِّرَ**) ظاهر، و(**إِنْ اسْتُهْمِلَ**) الزرع والذي في الجواهر بعد أن ذكر نفي الضمان نهاراً محمد بن حارث، وهذا الكلام محمول على أن أهل المواشي لا يهملون مواشيهم، وعلى أنهم لا يجعلون معها حافظاً وراعياً، وأما إن أهملت المواشي، فأهلها ضامنون. وفي الاستذكار: إنما سقط الضمان عن أرباب [٧٤٥/ أ] الماشية في النهار إذا أطلقت دون راعٍ، وإن كان معها راعٍ فلم يمنعها، وهو قادر على دفعها فهو المسلط لها، وهو حينئذٍ كالقائد والراكب.

وقال ابن رشد: إنما يسقط الضمان إذا أخرجها عن جملة مزارع القرية وتركها بالمسرح، وأما إن أطلقها للرعي قبل خروجها عن مزارع القرية، فهو ضامن، وإن كان

معها راعٍ فلا ضمان عليه، والضمان على الراعي إن فرَّط أو ضيع، قال: وعلى هذا حمل أهل العلم الحديث، ولم يأخذ يحيى بن يحيى بهذا الحديث، بل قال: يضمنون ما أفسدت ليلاً ونهاراً.

ابن القاسم عن مالك: وهو المشهور وإذا ضمنوا فإنهم يضمنون ما أفسدت وإن كان أكثر من قيمتها، وقال يحيى بن يحيى: إنما عليه الأقل من قيمتها أو قيمة ما أفسدت، ولعله قاسه على العبد الجاني، فإن قلت: فلا فرق على المشهور، قيل: لأن العبد مكلف، فهو الجاني بخلاف هنا، فإن الجاني في الحقيقة رب الماشية، ولمالك في العتبية: وسواء كان محضراً عليه أو غير محضر.

قوله: **(وَأَمَّا بِاللَّيْلِ فَالضَّمَانُ)** مخصوص بالزرع والحوائط، فقد قال مالك: إذا انفلتت دابة بالليل فوطئت على رجل نائم؛ لم يغرم ربها شيئاً.

الباجي: وهذا الحكم يختص عندي بالموضع الذي يكون فيه الزرع والحوائط مع المسارح، فأما لو كان الموضع مختصاً بالمزارع دون المسارح ضمن ربها ما أتلف ليلاً كان أو نهاراً، كما لو كان مختصاً بالمسارح دون المزارع فزرع فيه إنسان، على خلاف العادة من غير إذن الإمام، فلا ضمان على أهل المواشي، كان ليلاً أو نهاراً، وروى مطرف عن مالك: إن كانت المزارع كثيرة معتدة لا يقدر أهلها على حراستها؛ لم يكن على أهل المواشي شيء مطلقاً.

ابن عبد السلام: وقال بعضهم: عكس هذا أولى؛ لأنه إذا كان الأمر هكذا، كان على أربابها ألا يخرجوها إلا براعٍ، وهذا كله إذا لم يكن من المواشي التي شأنها العداء على الزرع، فإن كانت كذلك وتقدم إلى أربابها ضمنوه ما أصابته ليلاً أو نهاراً، من غير خلاف، نقله في الاستذكار.

مالك: وتباع تلك الماشية في بلد لا زرع فيه، كانت بقراً أو غنماً أو غيرها، ابن القاسم: إلا أن يحبسها أهلها عن الناس.

ابن حبيب عن مالك: ويأمر الإمام ببيعها، وإن كره ربها، واختلف في الحيوان لا تستطاع حراسته إذا أضر بالناس، وقال ابن حبيب: لا يمنع، وعلى أهل القرية حفظ زرعهم وشجرهم، وقاله ابن القاسم وابن كنانة في المجموعة.

وَيُضْمَنُ بِقِيمَتِهِ عَلَى الْخَوْفِ وَالرَّجَاءِ لَوْ حَلَّ بَيْعُهُ. وَرَوَى مُطَرِّفٌ: لا يُسْتَأْنَى فِي الزَّرْعِ أَنْ يَنْبُتَ ...

هكذا رواه مطرف عن مالك، قال: على أهل المواشي قيمة ما أفسدت على الرجاء والخوف، على أن يتم أو لا يتم، قال في المجموعة: وإن لم يبد صلاحه، وقوله: (**وَرَوَى مُطَرِّفٌ... إلخ**) لو نسبت الرواية من أصلها لمطرف لكان أحسن، وكأنه عطفه بالفاء ليفيد أنه مع المعطوف عليه قول واحد، وأنه كالتمام له؛ أي: يضمن على الرجاء والخوف، ولا يستأنى بالزرع، هل ينبت أم لا ينبت بخلاف سن الصغير.

ابن رشد وابن زرقون: وعلى قول سحنون: يستأنى في الزرع لأخذه، قال في الذي يقطع شجرة رجل ينتظرها، فإن عادت كما كانت فلا شيء على القاطع، فإن نقصت عن حالها غرم ما نقص، ولا يغرم أجر السقي والعلاج، كجرح الخطأ في الدية والدواء.

وفي التخريج نظر؛ لأن صاحب البهائم قد انتفع بما أكلت بهائمه، وقاطع الشجرة لم ينتفع بشيء، وعلى الأول فقال مطرف: إن تأخر الحكم حتى عاد الزرع فلا قيمة، ويؤدب المفسد، ونقل ابن يونس عن أصبغ أن عليه قيمة الزرع.

مطرف: وإن عاد أقل، وإن كان ما أفسد من ذلك ينتفع به فعليه قيمته كذلك، ليس على الرجاء، وقال أصبغ: بل على الرجاء، وإن عاد الزرع بعد الحكم، فقال مطرف: مضت القيمة لصاحب الزرع، وقيل: ترد كالبصر يعود.

العِتْقُ

هو انقطاع الملك عن العبد. **الجوهري**: العتق: الحرية، وكذلك العتاق بالفتح، والعتاقة، تقول: منه عتق العبد يعتق بالكسر عتقاً وعتاقاً وعتاقة فهو عتيق وعاتق، وأعتقته أنا، وفلان مولى عتاقة. والعتق أفضل الأعمال وأعظم القربات، فقد روى مسلم في صحيحه عن أبي هريرة -رضي الله عنه- عنه عليه الصلاة والسلام قال: «**أيما امرئ مسلم أعتق امرأً مسلماً كان فكاكه من النار، يجزئ كل عضو عضواً منه من العاتق، وأيما امرئ مسلم أعتق امرأتين مسلمتين كانتا فكاكه من النار، يجزئ كل عضو منها عضواً منه، وأيما امرأة مسلمة أعتقت امرأة مسلمة كانت فكاكها من النار، يجزئ كل عضو منها**». قيل: ولعل هذا لأن دية المرأة على النصف من دية الرجل. ويدل على عظيم ما في الصحيح من حديث أبي هريرة -رضي الله عنه- قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «**لا يجزئ ولدُ والدٍ إلا أن يجده مملوكاً فيشتريه فيعتقه**». وكأن الوالد لما كان سبباً لوجود الولد، وذلك من أعظم النعم، والذي يشبع ذلك إخراج الولد لوالده من عدم الرق إلى وجود الحرية؛ لأن الرقيق كالمعدوم، وربما كان العدم خيراً منه [٧٤٥/ ب].

وفي مسلم: **أنه عليه الصلاة والسلام سئل عن أي الرقاب أفضل؟ قال: «أنفسها عند أهلها، وأكثرها ثمناً»**. واختلف إذا كان الكافر أغلى ثمناً، فقال مالك: الكافر أفضل للحديث المذكور. وقال أصبغ: بل المسلم أفضل. قيل: وهو الأقرب، فإن الذي يضمن أن السيد لا يعتق من النار إلا بعتق عبدين نصرانيين، فإنه لما كانت ديته نصف دية المسلم كان كالمرأة، أما إن تساويا فالمسلم أفضل بلا خلاف.

أَرْكَانُهُ أَرْبَعَةٌ

هكذا في بعض النسخ وهي ظاهرة، وفي بعضها إسقاط ثلاثة وهي أيضاً ظاهرة، وفي بعضها أربعة. واستشكلت إذا لم يذكر إلا ثلاثة. وأجيب بأنه أراد بالرابع خواص

العتق، ورد بأن الخواص خارجة عن الماهية والأركان داخلة، وقد يجاب بأنه أطلق عليها ركناً مجازاً باعتبار اختصاصها كاختصاص أركانه، وقيل: أراد بالرابع أحد قسمي الصيغة وهو غير الصريح، وكأنه جعل قسمي الصيغة ركنين.

الْمُعْتِقُ: كُلُّ مُكَلَّفٍ لا حَجْرَ عَلَيْهِ وَلَمْ يُحِطِ الدَّيْنُ بِمَالِهِ

احترز بالمكلف من الصبي والمجنون، فلا يمنع السكر منه على المشهور، بخلاف الهبة فإنها لا تلزمه، وقوله: (**لا حَجْرَ عَلَيْهِ**) أي: لا يجوز بالنسبة إلى ما حجر عليه فيه، فالزوجة والمريض يصح عتقهما في الثلث، بخلاف ما زاد. واعتمد المصنف على ما قدمه في كتاب الحجر، وليس مراده بقوله لا حجر عليه نفي الحجر من كل وجه؛ لئلا يلزم الحشو في قوله:(**وَلَمْ يُحِطِ الدَّيْنُ**) ولما ذكرناه من أنه أراد بقوله:(**لا حَجْرَ**) ما تقدم في باب الحجر. قال: ولم يحط الدين بماله؛ لأن الذي قدم المصنف الكلام عليه هو المفلس حقيقة، من فلسه الحاكم وهو متأخر عن إحاطة الدين، فلهذا احتاج إلى قوله ولم يحط الدين بماله لأنه يقدمه. وكما لا يلزم الصغير العتق فكذلك لا يلزمه اليمين به إذا حنث بعد البلوغ، وكذلك من فعل على شيء ثم فعله ثم في حال جنونه لا يلزمه، واختلف إذا حنث السفيه بعد خروجه ولم يرد وليه عتقه، هل يلزمه أم لا؟ أما لو أعتق ولم يرد الولي عتقه حتى يخرج من الولاية؛ فله الرد.

فَلَوْ أَعْتَقَ ثُمَّ قَامَ الْغَرِيمُ رُدَّ عِتْقُهُ أَوْ بَعْضُهُ

عطفه بالفاء ليرتبه على الجزء الأخير؛ أي: فلو أعتق من أحاط الدين بماله ثم قام غرماؤه رد عتق جميعه إن استغرقته الديون، أو بعضه إن لم يستغرقه الدين، كما لو أعتق عبداً يساوي مائتين وللدين مائة، فإنه نصفه، وإن لم يوجد من يشتريه إلا كاملاً بيع جميعه، واختلف فيما بقي، فقال ابن حبيب: يصنع به ما شاء. وقيل: يستحب أن يجعله في عتق،

وإليه ذهب اللخمي. أما لو أعتق عبدين ولا مال له غيرهما وقيمتهما أكثر من الدين، ونحن إن بعنا منهما بالحصص لم يكفِ بالدين. فقال ابن عبد الحكم: يقرع بينهما على أنه يباع الدين، وهو ظاهر، و(**أَوْ**) من قوله: (**أَوْ بَعْضُهُ**) للتقسيم.

فرعان:

الأول: لو سكت الغرماء عن عتق السيد وطال ذلك لم يكن قيام، وإن قالوا لم نعلم بإعتاقه، فقال ابن عبد الحكم: لهم ذلك في أربع سنين لا في أكثر، وقاله مالك، وفسر الطول الذي يدل على الرضا أن يشتهر بالحرية، ويثبت له أحكامه بالمواريث وقبول الشهادة، ولم يمنع ذلك الغرماء.

أصبغ: وكذلك التطاول الذي على السيد فيه أوقات، فإذا فيها وفاء الدين ولم يتيقن شهادة قاطعة أنه لم يزل عديماً متصل العدم مع غيبة الغرماء وعدم علمهم لرد عتقه، ولو ولد له سبعون ولداً ولو أيسر للعتق، ثم قام عليه الغرماء وقد أعسر، فقال مالك: لا يرد عتقه.

الثاني: اختلف إذا رد العتق بحكم، ثم أفاد مالاً قبل البيع أو بعد بيع السلطان وقبل إنفاذه؛ كانوا أحراراً، لأن بيعه بالخيار ثلاثة أيام. وقال ابن نافع: لا أعرف هذا، والذي لم أزل أعرفه أن رد السلطان رد وإن لم يبعه في دين ولا يعتق بعد ذلك، وإن أفاد مالاً بقرب رد الحاكم أعتقوا، وإن طال ذلك الزمان كانوا رقيقاً. وفي الموازية: إن أيسر بعد إنفاذ السلطان البيع بالقرب رد البيع.

قال بعض الشيوخ: هكذا نقل اللخمي. والذي في الموازية: إن أيسر بعد بيع السلطان وقبل قسم الثمن رد البيع، وإن قسم الثمن وطال لم يرد البيع.

اللخمي: وقول ابن نافع أقيسها؛ لأن العتق رد من أصله لحق تقدمه، فلا يعتق إلا بعتق محدث.

وَالْوَصِيَّةُ بِالْعِتْقِ وَغَيْرِهِ عِدَةٌ، وَيَرْجِعُ إِنْ شَاءَ

هكذا في بعض النسخ، وعليها فقوله: (**وَيَرْجِعُ إِنْ شَاءَ**) زيادة بيان؛ لأن ذلك استفيد من قوله:(**وَغَيْرِهِ**) إذ سائر الوصايا له فيها الرجوع. وفي بعض النسخ: (والوصية بالعتق عدة، ويرجع فيه إن شاء) وهي كالأولى، ولعله يتبع في ذلك لفظه في المدونة: والوصية بالعتق إن شاء رجع فيها. وفي بعض النسخ: (والوصية بعتق كغيره) وهي أخص. وفي بعضها: (الوصية بالعتق وغيره حق لازم، ويرجع إن شاء) ويؤخذ من قوله في المدونة: والوصية بالعتق عدة. أن العتق لا تلزم كانت على سبب أو لا.

وَيَجِبُ بِالنَّذْرِ وَلا يُقْضَى إِلا بِالْبَيِّنَةِ وَالْحِنْثِ

يعني: ويجب العتق بالنذر، سواء كان معلقاً؛ كقوله [٧٤٦/ أ]: إن فعلت كذا فعلي عتق رقبة. أو لا؛ كقوله: علي لله عتق رقبة، لقوله تعالى: ﴿ **أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ** ﴾ [المائدة:١] ولقوله صلى الله عليه وسلم: «**من نذر أن يطيع الله فليطعه**». ولا يقضى إلا بالبت؛ أي: إذا أبت للعتق، وفي بعض النسخ: (**وَلا يُقْضَى إِلا بِالْبَيِّنَةِ وَالْحِنْثِ**) فيقيد كلامه لمعين. وقوله: بقيام البينة؛ أي: في النذر المعلق، لأنه الذي يتصور فيه الحنث. وهذه المسألة في أول عتق المدونة؛ ففيها على اختصار ابن يونس: ومن قال لله علي عتق رقيقي هؤلاء؛ فليوف بها وعده، وإن شاء حبسهم ولا يجبر على عتقهم؛ لأن هذه عدة جعلها الله من عمل البر، فيؤمر بها ولا يجبر عليها، وإنما يعتقهم عليه السلطان أن لو حلف بعتقهم، فحلف أو أبت عتقهم بغير يمين، وأما إن كان نذراً أو موعداً؛ فإنه يؤمر أن يفي ولا يجبر عليه.

ابن المواز: قال أشهب: إذا قال لله علي عتق رقيقي فأمر بعتقهم، فقال: لا أفعل، قضي عليه بعتقهم. وإن قال: أنا أفعل ترك، وإن مات قبل أن يفعل لم يعتقوا عليه في ثلث ولا غيره.

ابن عبد السلام: وهو الأقرب لتعلق حق الآدمي بذلك وهو معين، ولاسيما وذلك الحق عتق والشرع متشوف إليه. وقوله على النسخة الأولى بالبت؛ أي: وقامت عليه بينة أو أقر بذلك. وقوله على الثانية بالبينة، وكذلك الإقرار.

الْمُعْتَقُ: كُلُّ رَقِيقٍ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِعَيْنِهِ حَقٌّ لازِمٌ

أطلق الرقيق على القن ومن فيه شائبة، واحترز بقوله: (**لَمْ يَتَعَلَّقْ بِعَيْنِهِ حَقٌّ**) من العبد الجاني، وعبد المديان، والمرهون، والمستأجر، وأحد المكاتبين وإن كان يتوقف صحة عتقه على إذن من له الحق، وبعضهم يلزم فيه العتق، لكن لا يظهر فيه آثار الحرية إلا بعد سقوط الحق، والذي يلزم رقبته بغير السيد؛ فلذلك أخرج هؤلاء، لأن العتق لا يتصور فيهم بوجه.

وأورد المدبر والمكاتب والمقاطع بأنه تعلق بعينهم حق لازم مع أن عتقهم يصح. وجوابه: أن المعنى حق لازم؛ أي: لآدمي غيره.

وأورد أن العبد المرهون لم يتعلق الحق بعينه؛ لأن الدين متعلق بالذمة، ألا ترى أنه لو مات تعلق الدين بالذمة، فينبغي أن يصح عتقه على هذه الكلية مع أنه لا يصح، قيل: لا نسلم أولاً أن الحق لم يتعلق بعينه، وإنما الدين لم ينحصر فيه سلمنا، ولا نسلم عدم صحة عتقه، فإنه يصح ويتوقف على الإتيان برهن مكانه كما تقدم.

الصِّيغَةُ: الصَّرِيحُ: كَالتَّحْرِيرِ، وَالإِعْتَاقِ، وَفَكِّ الرَّقَبَةِ

هذا هو الركن الثالث، وقسم الصيغة قسمين؛ صريح، وغيره. ومثل الصريح بالتحرير والإعتاق وفك الرقبة. وأشار بقوله: (**كَالتَّحْرِيرِ**) إلى أن كل مشتق من هذه هو كالمصادر، وكذلك هو منصوص عليه؛ ففي المدونة: ومن قال لعبده ابتداء ولا سبيل لي عليك عتق، وأن على هذا الكلام جواب الكلام قبله؛ صدق في أنه لم يرد عتقه ولم

يلزمه، فإن قال: أنت حرة، وقال: لم أرد الإعتاق وإنما أردت الكذب؛ ففي المدونة: لا يقبل ذلك ظاهره ولا فيما بينه وبين الله عز وجل. وقال أشهب: يقبل.

اللخمي: وقوله أحسن إن صدقته الأمة وإلا لزمه.

فرع:

وعلى هذا ما لم تكن هناك قرينة تصرف اللفظ عن إرادة العتق؛ ففي المدونة: ومن عجب من عمل عبده أو من شيء رآه منه، فقال: ما أنت إلا حر. أو قال له: تعالَ يا حر، ولم يرد شيئاً من هذه الحرية، وإنما أراد أنك تعصيني فأنت في معصيتك إياي كالحر؛ فلا شيء عليه في الفتيا ولا في القضاء. وفي المدونة: في عبد طبخ لسيده طبخاً فأعجبه طبخه، فقال: أنت حر. فقامت عليه بذلك بينة أنه لا شيء عليه، لأن معنى قوله: أنت حر الأفعال، ولو مر به على عاشر، فقال: إنه حر ولم يرد بذلك الحرية؛ فلا عتق له فيما بينه وبين الله عز وجل، وإن قامت بينة لم يعتق أيضاً إذا علم أن السيد دفع بذلك القول عن نفسه ظلماً.

اللخمي: ولو قال العاشر: لا أدعك إلا أن تقول إن كانت أمة فهي حرة، فإن كان ذلك بغير نية العتق لم يلزمه شيء، وإن نوى العتق وهو ذاكر أن له أن ينويه؛ كانت حرة، لأنه لم يكره على النية.

قال في المدونة: وإن قال له أنت حر اليوم عتق للأبد، وإن قال: أنت حر اليوم من هذا العمل، وقال: إنما أردت عتقه من العمل ولم أرد الحرية؛ صدق في ذلك مع يمينه، ويلزمه ألا يستعمله في ذلك اليوم. سحنون، وإن قال له: تصدقت عليك بعملك، أو خراجك، أو خدمتك حياتك؛ كان حراً. وخرج اللخمي خلافاً في مسألة سحنون هذه من الخلاف في أم الوليد إذا حرم وطؤها، هل يلزمه بتعجيل عتق، أو الولد لبقاء أرش الجناية عليها لسيدها، وفيه نظر؛ لأن موجبها العتق في مسألة سحنون إنما جاء من لفظه الظاهر في إخراج الملك، فادعاؤه بعد ذلك أنه أراد بقاء الأرش وشبهه مخالف لما دل

عليه، بخلاف أم الولد إذا حرم وطؤها فإن السيد لم يلزم فيها حرية، وإنما التزم ذلك بفعله، والفعل لا يدل بنفسه كما هو مقرر في محله فكان أضعف.

سحنون: ولو قال تصدقت عليك بخراجك وأنت حر بعد موتي فهو كأم الولد.

اللخمي: يريد يعتق من رأس ماله. قال: وقد اختلف في هذا الأصل هل يكون من الثلث؟

ابن القاسم في الموازية: وإن قيل له في عبده من رب هذا العبد؟ [٧٤٦/ ب] فقال: لا رب له إلا الله. أو قيل له: أمملوكك هو؟ قال: لا. أو قيل له: ألك هو؟ فقال: ما هو لي. فلا شيء عليه، فذلك كمن قيل له: ألك امرأة، أو هذه امرأتك؟ فقال: لا. فلا شيء عليه إن لم يرد طلاقاً ولا يمين عليه. وقال عيسى: يحلف فيه وفي العتق. وفي الموازية: فيمن سئل عن أم ولده، فقال: ما هي إلا حرة. فلا شيء عليه إن لم يرد العتق.

ابن القاسم: وإن شتم عبداً حراً فاستعدى عليه الحر سيده، فقال: هو حر مثلك. قال: أراه حراً.

وفي المدونة: وإن قال لأمته هي أختي أو لعبده هو أخي، فإن لم يرد به الحرية فلا عتق عليه. ولنقتصر على هذا لئلا نبعد عن كلام المصنف.

وَالْكِنَايَةُ: كَوَهَبْتُ لَكَ نَفْسَكَ، وَاذْهَبْ، وَاغْرُبْ وَنَحْوِهِ، وَشَرْطُ الْكِنَايَةِ: النِّيَّةُ

أما ما ذكره في (**اذْهَبْ وَاغْرُبْ**) فظاهر. وأما (**وَهَبْتُ لَكَ نَفْسَكَ**) فبعيد، ولا يكاد يوجد ما ذكره المصنف فيه من اشتراط النية. قال في المدونة: ومن قال لعبدك قد وهبت لك نفسك، أو عتقتك، أو تصدقت عليك بعتقك؛ فهو حر، قبل ذلك العبد أو لم يقبل. قال غيره: إذا وهب فقد وجب العتق ولا ينظر في هذا منه قبول، مثل الطلاق إذا وهبها إياه فظاهره عدم الاحتياج إليه. وقال الغير: تفسير لا خلاف.

مالك: فإن وهب لعبده نصفه فهو حر كله.

ابن القاسم: وولاؤه كله لسيده، وكذلك إذا أخذ منه دنانير على عتق نصفه أو على بيع نصفه.

وَأَلْحَقَ ابْنُ الْقَاسِمِ نَحْوَ: اسْقِنِي الْمَاءَ بِالنِّيَّةِ

هذا كالطلاق سواء، ولإلحاقهم هذا بالطلاق قالوا: ولو قال يدك حرة ونحو ذلك لزمه عتق جميعها، فلذلك ألحقوا تمليك المملوك بتمليك الزوجة باشتراط جوابه في المجلس وغير ذلك من أحكام التمليك.

اللخمي: والطلاق ما اجتمع فيه نية ولفظ، وأن يكون اللفظ لفظ الطلاق. واختلف إذا انفرد أحد هذه الأوجه الثلاثة، وفي كل وجه قولان وهي أربعة أوجه، وفي كلام المصنف حذف تقديره: وألحق ابن القاسم بالكناية نحو اسقني، والباء في (الكناية) للإلصاق، والباء في (**بِالنِّيَّةِ**) للمصاحبة؛ أي: مصحوباً مع النية، أو للسببية أو للاثنين مجازاً.

وَلَوْ قَالَ فِي الْمُسَاوَمَةِ: عَبْدِي حُرٌّ لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ

يعني: أن ما قدمه من صريح ألفاظ العتق قد يقترن به ما يخرجه عن ألفاظ العتق، كمن قال في حال المبايعة: عبدي حر يمدحه، أي: حر الأفعال.

وَلَوْ قَالَ الْبَائِعُ: إِنْ بِعْتُهُ فَهُوَ حُرٌّ، وَقَالَ الْمُشْتَرِي: إِنِ اشْتَرَيْتُهُ فَهُوَ حُرٌّ؛ فَبَاعَهُ عَتَقَ عَلَى الْبَائِعِ وَيُرَدُّ ثَمَنُهُ...

استغنى المصنف ببيان الحكم في هذه المسألة عن بيان حكم ما لو قال البائع: إن بعته فهو حر. أو قال المشتري: فهو حر فقط. لأن معرفة المركب تستدعي معرفة أجزائه، وقد تقدم في باب الطلاق الكلام على هذه المسألة. وقد اختلف إن قال البائع: إن بعتك فأنت حر، فمذهب المدونة كما ذكره المصنف أنه يعتق على البائع، ونقل عن عبد الملك: أنه لا يعتق وهو القياس، لأن العتق إنما يقع بتمام البيع وهو حينئذ قد انتقل إلى ملك المشتري، فيكون البائع قد أعتق ملك غيره، للمشهور ثلاثة اعتذارات:

الأول سحنون: أنه يعتق على البائع بنفس قوله: بعت، قبل أن يقول المشتري: اشتريت؛ لأنه إنما علق على فعل نفسه. قال: كما أجمعوا في الوصي يعتق بعد موته، وإن كان الميت إنما أوصى أنه يعتق بعد خروجه عن ملكه فكذلك هنا، وبمثل هذا احتج ابن شبرمة في المدونة، وضعف بأن حقيقة البيع عرفاً الإيجاب والقبول.

والاعتذار **الثاني** لابن المواز: البيع والعتق وقعا معاً فلزم أقواهما وهو العتق، واستدل على قوته بتبديته في الوصية واستكماله على الشريك، وضعف لأن البيع علة العتق إنما هو بالحمل، وذلك إنما يكون إذا لم يناف قاعدة شرعية. القاعدة الشرعية: هو أن البيع علة لنقل الملك بالشروع بحيث لا ينفك أحدهما عن صاحبه.

والاعتذار **الثالث** للقاضي إسماعيل: إن بعتك فأنت حر قبل بيعي إياك، وفيه نظر.
ابن عبد السلام: ورأيت في بعض تآليف المتأخرين قولاً في مسألة المصنف أن العتق يلزم المشتري، ولو انفرد المشتري بالعتق لعتق عليه، ويجري فيه الخلاف الذي في التزام الطلاق، ويحمل في مسألة المصنف بالتحريم ثلاثة أقوال، واختلف إذا عتق على البائع هل يفتقر إلى علم أم لا؟ وإذا انتقض البيع وعتق عليه نفى المال للبائع إن انتزعه، أو وقع البيع وأتبع منهما قبل العتق، وإن استثناه المشتري كان للعبد لانتقاض بيعه، ولو أهلك البائع الثمن قبل نقض البيع لم يرد عتق البائع وأتبع السيد بالثمن.

وأما على قول ابن الماجشون وإسماعيل؛ فالمال للسيد لأن العتق يتبع البيع، وفيه نظر.
وفي العتبية عن ابن القاسم، من قال: أول عبد أبتاعه فهو حر، واشترى رقيقاً صفقة واحدة؛ فإنه يحنث في جميعهم، بمنزلة الذي يقول أول عبد أبتاعه فابتاع شقصاً من عبد؛ فإنه يقوم عليه باقي العبد، ونظير هذه المسألة إذا قال: إن خالعتك فأنت طالق ألبتة فخالعها؛ أنها ترجع عليه بالمال وتلزمه ألبتة. ويعارضها قوله في كتاب الأيمان [٧٤٧/ أ] بالطلاق من المدونة: إذا مت أنا أو مت أنت فأنت طالق؛ فإنه قال: لا شيء عليه.

وَإِنْ قَالَ: إِنْ فَعَلْتُ كَذَا فَكُلُّ مَمْلُوكٍ لِي حُرٌّ؛ عَتَقَ كُلُّ مَنْ فِي مِلْكِهِ، وَالْمُدَبَّرُ، وَأُمُّ الْوَلَدِ، وَأَوْلادُ عَبِيدِهِ مِنْ إِمَائِهِمْ وَإِنْ وُلِدُوا بَعْدَ يَمِينِهِ، بِخِلافِ عَبِيدِ عَبِيدِهِ؛ فَإِنَّهُمْ تَبَعٌ كَمَالِهِمْ، وَبِخِلافِ "كُلُّ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا"...

حذف المصنف (فحنث) لدلالة قوله (عتق) وفرضها المصنف في العتق المعلق، واستغنى بها عن غير المعلق وجمعهما في المدونة.

وقوله: (**مَنْ فِي مِلْكِهِ**) أي: حين اليمين لا في المستقبل، وأطلق على الذكور والإناث، وقد نص المصنف في الأصول على أنه مذهب الأكثر، واختلف قول سحنون في (مماليكي) والذي رجع إليه وهو مذهب المدونة أنه يشمل الإناث أيضاً.

سحنون: ولو قال رقيقي؛ عتق عليه الذكور والإناث. وحكى عياض الاتفاق على ذلك، ولو قال: عبيدي، لم يعتق إلا الذكور. وذهب فضل إلى دخول الإناث في لفظ العبيد، وكذلك قال اللخمي: الصواب دخولهن في عبيده؛ لقوله تعالى: ﴿ وَمَا رَبُّكَ بِظَلَّٰمٍ لِّلْعَبِيدِ ﴾ [فصلت: ٤٦] لأنه من الجمع المكسر. قال في البيان: ونقل ابن سحنون عن أبيه أنه رجع إلى دخولهن، وكلام المصنف ككلامه في المدونة؛ ففيها: وإن قال كل مملوك لي حر في غير يمين حنث بها؛ عتق عليه عبيده ومدبروه ومكاتبوه وأمهات الأولاد وكل شقص في مملوك ويقوم عليه بقيته إن كان ملياً، ويعتق عليه بقيمته إن كان ملياً، ويعتق عليه أولاد عبيده من إيمائهم ولدوا بعد يمينه أو قبل؛ لأن الأولاد ليسوا بملك لآبائهم، إنما هم ملك للسيد، وأما عبيد عبيده وأمهات أولادهم فلا يعتقون ويكون لهم تبعاً.

وقول المصنف: (**وَأَوْلادُ عَبِيدِهِ**) مع كونه فرض المسألة في صيغة بر يقتضي أن يكون ذلك في الحنث لا في البر، وإلى هذا رجع ابن القاسم. وعلى هذا فلا خلاف في دخول الأولاد في الحنث كن حوامل يوم اليمين أو لا؛ لأن الأمهات مرتهنات باليمين لا

يستطيع وَطْأَهُنَّ وَلا بَيْعَهُنَّ. واختلف في دخولهم في البر؛ أعني: إذا حملن بعد اليمين، وأما إن كن حوامل يوم اليمين فدخول الأولاد اتفاقاً.

ابن القاسم: وعدم دخولهم أصوب.

وقوله: (**بِخِلافِ عَبِيدِ عَبِيدِهِ؛ فَإِنَّهُمْ تَبَعٌ**) أي: للعبيد المعتقين، وعورضت هذه المسألة في نذور المدونة فيمن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبده أنه حانث. ورأى بعضهم أن ذلك اختلاف قول، وفرق اللخمي بأن الأعمال تراعى فيها النيات، والقصد في هذا اليمين عرفاً رفع المنة، والمؤنة تحصل بركوب دابة العبد، ولأن الحنث يقع بأدنى سبب.

اللخمي وغيره: وظاهر المدونة أنه يعتق على الخلاف إذا حنث جميع العبيد الذين له فيهم شرك. وذهب ابن المواز وابن القابسي إلى أن معنى ما فيها أن يكون له شريك في كل عبد، وأما لو كانوا عبيداً بينه وبين رجل؛ فإنهم يقسمون، فما صار للحالف عتق.

وقوله:(**بِخِلافِ "كُلُّ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا"**) أي: فلا يلزمه به طلاق من هي في عصمته، ولا فيمن يتزوجها في المستقبل؛ لأن قوله: (**كُلُّ مَمْلُوكٍ لِي**) مخصص، بخلاف قوله:(أتزوجها) فإنه مستقبل، فهو عام، فاللزوم فيه خرج، ولهذا ما كان يحتاج المصنف إلى ذكر هذه المخالفة.

وَإِنْ قَالَ: فَكُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ فَكَذَلِكَ، بِخِلافِ "كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ أَبَداً" فَإِنَّهُ لا يَعْتِقُ مَنْ فِي مِلْكِهِ...

يعني: أن المضارع يتنزل منزلة قوله: كل مملوك لي. وأشار بذلك إلى لزوم العتق فيمن ملكه، وهذا ظاهر؛ بناءً على القول بأن المضارع ظاهر في الحال. وذكر اللخمي في هذا خلافاً، هل يحمل على الماضي، أو على الاستقبال؟ لكنه قال: المعروف عند الناس ما ذكره المصنف أنه يحمل على الحال، قال: ولولا العادة لرأيت أن يسأل الناس هل أراد ما في ملكه أو ما يملكه.

وأما قوله: (**بِخِلافِ "كُلُّ مَمْلُوكٍ أَمْلِكُهُ أَبَداً"**) فهو محمول على الاستقبال بلا شك؛ لما صحبه من لفظ الأبد الدالة على الاستقبال، فلذلك لم يلزمه من في ملكه لتعميمه، فهو كقوله: كل امرأة أتزوجها طالق. ولهذا لو قال: أملكه إلى عشرين سنة أو ثلاثين للزمه اليمين. ووقع في المدونة في هذه المسألة اضطراب في الرواية، والمدونة أولى بذلك، فلذلك تركته.

خَوَاصُّ الْعِتْقِ: السِّرَايَةُ، وَالْعِتْقُ بِالْقَرَابَةِ وَبِالْمُثْلَةِ، وَالْحَجْرُ عَلَى الْمَرِيضِ فِي الزَّائِدِ عَلَى الثُّلُثِ، وَالْقُرْعَةُ وَالْوَلاءُ...

الخاصة: الوصف المختص بالماهية، فالسراية إلى ملك الغير لا توجد إلا في العتق، وقد يعترض على إتيانه بالسراية والعتق بالقرابة، فإن عدمهما هنا إنما يحسن لو كان يتوهم دخولهما في غير العتق، وقد يقال لا نسلم أن من شرط الخاصة أن يتوهم وجودها في غير تلك الماهية. وهذا الكلام أيضاً يأتي في العتق بالثلث، ثم إنه يعترض على مذهب سحنون أن المرأة تطلق بالمثلة، إلا أن يقال بناء على المشهور، وليس الحجر على المريض في الزائد على الثلث خاصاً بالعتق بل فيه وفي غيره، وكذلك القرعة تأتي في قسمة المشترك والقسمة بين الزوجات.

السِّرَايَةُ: وَمَنْ أَعْتَقَ جُزْءاً أَوْ عُضْواً مِنْ عَبْدِهِ سَرَى، وَفِي وُقُوفِ الْعِتْقِ عَلَى الْحُكْمِ رِوَايَتَانِ...

[٧٤٧/ ب] هذا شروع منه في الكلام على الخاصة الأولى.

قوله: (**جُزْءاً**) أي: كالثلث والربع والسدس. (**أَوْ عُضْواً**) كاليد والرجل. (**سَرَى**) أي: عتق عليه جميعه. والرواية: بوقف السراية على الحكم.

اللخمي: وهو المعروف من المذهب في كتاب الجنايات.

والرواية الأخرى نقلها عبد الوهاب وهو ظاهر ما في عتق المدونة. ومن قال لعبده: يدك حرة، أو رجلك حرة؛ عتق عليه جميعه. وحكى اللخمي في هذه المسألة وفيها إذا كانت البقية لغيره ثلاثة أقوال؛

فقال: واختلف قول مالك هل تكون بقية العبد عتقاً كله بنفس العتق الأول أو بعد الحكم؟ فقال مرة: بعد الحكم، وفرق مرة فقال: إن كان جميعه له فأعتَق بعضَه؛ كان عتيقاً كله بنفس العتق، وإن كان له شرك؛ فحتى يحكم، واختاره اللخمي.

وقوله: (**عَلَى الْحُكْمِ**) فكيف جعل المصنف السراية من خواص العتق قبل السراية حاصلة على قول، أو يقال السراية حاصلة وإنما اختلف في كونها مشروطة بالحكم أم لا، وفي هذا الثاني نظر؛ لأنهم جعلوا الرواية بالسراية قسيمة للحكم.

وَمَنْ أَعْتَقَ شِرْكاً قُوِّمَ عَلَيْهِ الْبَاقِي بِشُرُوطٍ: الأَوَّلُ: أَنْ يَكُونَ مُوسِراً

لما في الموطأ، والصحيح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «**من أعتق شِرْكاً له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد؛ قوم عليه قيمة عدل وأعطى شركاءه حصصهم وأعتق عليه العبد**». وإلا فقد عتق منه ما عتق، يدل على أن العبد لا يستسعى في بقيته، وهو مذهبنا خلافاً للحنفية.

وقوله:(**الأَوَّلُ أَنْ يَكُونَ مُوسِراً**) دل على اعتبار هذا الشرط؛ لقوله: (**قُوِّمَ**). ويعلم عسره بأن لا يكون له مال ظاهر، وسأل عنه جيرانه ومن يعرفه، فإن لم يعلموا له مالاً حلف ولم يسجن، قاله عبد الملك.

سحنون: وقاله جميع أصحابنا، إلا اليمين فلا يستحلف.

اللخمي: وهذه المسألة أصل في كل ما لم يكن أصله معاوضة أنه لا يضيق فيه كالمداينة. ثم فسر المصنف اليسار بقوله:

بِأَنْ يَفْضُلَ عَنْ قُوتِهِ الأَيَّامَ وَكِسْوَةِ ظَهْرِهِ كَالدَّيْنِ، وَيُبَاعُ مَنْزِلُهُ وَشَوَارُ بَيْتِهِ، وَقَالَ أَشْهَبُ: بِأَنْ يَفْضُلَ عَنْ مَا يُوَارِيهِ لِصَلاتِهِ...

هكذا في المدونة في العتق: أنه يباع عليه شوار بيته والكسوة ذات المال، فلا يترك له إلا كسوته التي لابد منها وعيشه الأيام اليسيرة. وفسر في الواضحة الأيام بالشهر ونحوه، ولم يذكر في المدونة هنا الزوجة. وفي سماع ابن القاسم: وشك في كسوة زوجته هل تسلم. وقال سحنون: لا تترك له كسوة زوجته. عياض: والشوار -بفتح الشين- المتاع، وأما بضمها فالجمال، قاله في النكاح. وفي قول أشهب بعد.

وقال ابن الماجشون: لا يترك له إلا مثل الثوب والشيء الخفيف، وما لا يباع على المفلس، وهو قريب من قول ابن القاسم. قال في كتاب ابن سحنون: وإن كان له بعير شارد أو عبد آبق أو ثمرة موصوفة ما لم تطب، فإن كان قريباً انتظر، وإن كان بعيداً لم ينتظر. قال: وهو قول أصحابنا.

الباجي: وإن كان له مدبرون أو معتقون إلى أجل؛ فلا حكم للقيمة في مثل هذا. وأما ديونه، فقال ابن الماجشون: إن كانت على أملياء حضور وأحدها قريب؛ قوم ذلك وتتبع ذمته، وإن كان نسيئة أو أهلها غيب؛ فليس عليه أن يخرج عبده.

وفي الموازية: ينتظر دينه ويمنع شريكه من البيع ويتلوم له تلوماً لا ضرر فيه.

وَالْمَرِيضُ فَقِيرٌ إِلا فِي الثُّلُثِ

يعني: أن المريض إذا عتق شقصاً له في عبد فهو كالفقير إلا أن يحمله الثلث؛ لأن له أن يتصرف فيه، وظاهر قوله: (**إِلا فِي الثُّلُثِ**) أنه فيه كالصحيح يقوم فيه ويعجل عتقه، وهذا القول حكاه هكذا في المقدمات، ورجع مالك في المدونة إلى أنه لا يقوم عليه إلا إذا كان له مال مأمون؛ ففيها: وإذا أعتق المريض شقصاً له أو نصف عبد، فإن كان ماله

مأموناً؛ عتق عليه الآن جميعه وغرم قيمة نصيبه، وإن كان ماله غير مأمون؛ لم يعتق نصيبه ولا نصيب شريكه، إلا بعد موته فيعتق جميعه في ثلثه. وحمل غير واحد كلامه في المدونة على أنه إذا كان له مال مأمون أنه يقوم عليه الآن ولا يعتق عليه إلا بعد الموت، وكذلك نص عليه في الموازية، وقيل: لا يقوم إلا بعد الموت، كان له مال مأمون أم لا.

عياض: وفيها قول رابع: أنه لا يقوم في نصيب الشريك في مرضه، وإنما يعتق عليه في الثلث شقصه فقط، إلا أن يصح فيقوم عليه، إلا أن تكون له أموال مأمونة فيقوم عليه، وهو قول عبد الملك وابن حبيب. وفيها قول خامس حكاه ابن سحنون: يخير الشريك بين التقويم وقبض الثمن ويبقى كله للمعتق موقوفاً، فإن قلت: عتق عليه أو ما حمل الثلث وما بقي رقيق لورثته، وإن شاء تماسك بنصيبه إلى أن يموت شريكه فيقوم في ثلثه.

وَالْمَيِّتُ مُعْسِرٌ لا كَالْمَرِيضِ، فَلَوْ قَالَ: إِذَا مِتُّ فَنَصِيبِي حُرٌّ لَمْ يَسْرِ عَلَيْهِ

الميت لا يقوم عليه كالمعسر، ولو كان أعتق في صحته ولم يعلم بذلك حتى مات، نص عليه في المدونة وإن معسر؛ لأن المال قد انتقل إلى ورثته، ولا تقويم على الورثة لأنهم لم يعتقوا، وشبه المصنف المريض بالفقير والميت بالمعسر، إما لأنه غاير بينهما باللفظ، وإما لأن المريض [٧٤٨/ أ] لما كان له تصرف في ماله فالنفقة والمبايعة حسن تشبيهه بالفقير الذي له تمكن في الغالب من المعاملات، والميت لما لم يكن له تصرف أصلاً شبه بالمعسر.

مالك وغيره: وإن لم يعلم الشركاء بعتق الشريك إلا بعد موت المعتق أو فلسه؛ لم يعتق من العبد إلا ما كان أعتق. أشهب عن مالك: وإن أعتق حصته ولم يقم عليه حتى مات، فإن مات بحدثان ذلك قوم عليه في رأس ماله؛ لأنه حق ثبت لشريكه لم يفرط فيه، فإن فرط في ذلك لم يعتق في رأس مال ولا ثلث.

سحنون: وأنا أقول في المعسر لا تقوم عليه وإن مات بحدثانه.

أشهب عن مالك: ولو أعتق بعض عبده في صحته فلم يقم عليه حتى مات مكانه أو فلَّس؛ لم يعتق عليه إلا ما أعتق.

سحنون: وهذا قول أصحابنا جميعاً. وذكر ابن حبيب عن مطرف عن مالك: إن غاصبه الموت عتق عليه باقيه، وإلا لم يعتق عليه إلا ما عتق.

وقوله: **(فَلَوْ قَالَ)** عطفه بالفاء ليرتب على ما قبله، ولو قال عوض قوله: **(لَمْ يَسْرِ)** (لم يعتق) لكان أحسن؛ لأن السراية لا تلزم نفي الحكم. ومقابل الأصح حكاه ابن الجلاب، فقال: وقد قيل أنه لم يكمل عليه في ثلثه. ثم في قول المصنف: لم يسرِ على الأصح نظر من وجه آخر؛ لأن مقتضاه أنه يسري على مقابله، وظاهر الجلاب خلافه. أما لو أوصى بالتكميل لكان وصية تكمل عليه في ثلثه، قاله في الموازية والعتبية، وقاله أصبغ.

فَلَوْ كَانَ مُوسِراً بِالْبَعْضِ سَرَى فِيهِ

أي: لو كان المعتق موسراً ببعض نصيب شريكه سرى في ذلك البعض.

وقوله: **(سَرَى)** أي: يريد بالحكم على أصح الروايتين. وعبارته في المدونة: قوم عليه بقدر ما معه، وهي أحسن.

وَلَوْ رَضِيَ الشَّرِيكُ بِاتِّبَاعِ ذِمَّةِ الْمُعْسِرِ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ عَلَى الأَصَحِّ

لأن الموجب للتقويم اليسر، فليس للشريك أن يرتب ديناً في ذمته، ولأن الأصل ألا يلزمه إلا ما تقرضه، خالفنا ذلك في الموسر لنص الحديث، يبقى ما عداه على الأصل، ومقابل الأصح لابن المواز، وجعل الحديث في ترك الاستكمال لحق الشريك خاصة، والأصح لابن القاسم في الواضحة وهو قول ابن القاسم في كتاب أمهات الأولاد.

ابن يونس: وهو ظاهر قول مالك، وابن القاسم في المدونة، وهو أشبه بالحديث.

وَلا يَلْزَمُ اسْتِسْعَاءُ الْعَبْدِ، وَلا أَنْ يَقْبَلَ مَالَ الْغَيْرِ وَيُعْتَقُ بِهِ

تقدم أن مذهبنا عدم استسعاء العبد، ونقل لمالك في الواضحة إلا أن العمل عليه، ودليله الحديث المتقدم، وإلا فقد عتق منه ما عتق، وإن كان اختلف في هذه الزيادة هل من كلامه عليه الصلاة والسلام أو من قول نافع. والأصل التمسك بأنها من قوله عليه الصلاة والسلام. وأما قوله عليه الصلاة والسلام من حديث قتادة: «**من أعتق شقصاً له في عبد فخلاصه في ماله إن كان له مال، وإن لم يكن له مال استسعى العبد**». غير متفق عليه. فقال أبو عمر: روى هذا الحديث شعبة بن الحجاج وهشام الدستوائي وهمام بن يحيى عن قتادة بسنده، ولم يذكروا فيه السعاية وهي أثبت من الذين ذكروها.

وقوله:(**وَلا أَنْ يَقْبَلَ مَالَ الْغَيْرِ**) **أي**: ولا يلزم المعتق قبول مال الغير ليكمل العتق، ويحتمل: ولا يلزم العبد أن يقبل مال الغير ليعتق به، قاله ابن راشد.

واقتصر ابن عبد السلام على الأول، وفي بعض النسخ: العبد بالدال وهي ظاهرة.

وَإِذَا حُكِمَ بِسُقُوطِ التَّقْوِيمِ لإِعْسَارِهِ فَلا تَقْوِيمَ بَعْدُ

أي: لإعسار المعتق. (**فَلا تَقْوِيمَ بَعْدُ**) أي: إذا أيسر لأنه حكم مضى، ويدخل في قوله:(**لإِعْسَارِهِ**) ما إذا أنشأ العتق في حال العسر، وأما إذا أنشأ في حال اليسر ولم يرفع إلى الحاكم إلا بعد العسر على القول بأن العتق يتوقف على الحكم.

وَلَوْ لَمْ يُحْكَمْ فَأَيْسَرَ فَفِي إِتْبَاعِهِ رِوَايَتَانِ

ولو لم يحكم بسقوط التقويم للإعسار، وكلامه يعم إذا كان حال العتق معسراً أو موسراً ثم أعسر، لكنَّ الروايتين إنما وقعتا في المدونة وغيرها فيما إذا أعتق وهو معسر. والضمير في قوله: (ابتاعه) عائد على التقويم وهو موسر. فقال شريكه: أنا أقوم عليه ولا

أعتق. فلما قوم عليه وجده معدماً فإن العبد عتق على الأول، وأتبعوه هذا بالقيمة في ذمته؛ لأنه ضمنه في وقت له تضمينه فيه، كمن أعتق وعليه دين وعنده وفاء به.

وقال ابن القاسم: له أن يرجع إلى نصف العبد فيأخذه. والرواية الأولى لمالك في المدونة، والرواية الأخرى وهي التي رجع إليها لكنها مقيدة بقيدين أهملهما المصنف: **الأول**: أن يكون عسره بيناً. **والثاني**: أن يكون العبد حاضراً. قال فيها، ثم قال: إن كان يوم عتق يعلم الناس والعبد. والتمسك بالرواية إنما ترك القيام، لأنه إن خوصم لم يقوم عليه لعدمه، فلا يعتق عليه وإن أيسر بعد ذلك، وأما إن كان العبد غائباً ولم يعلم حتى أيسر المعتق لقوم بخلاف الحاضر.

ابن الكاتب: ولا يجوز أن يقوم العبد الغائب وإن علم موضعه وصفته؛ لأنه لابد من انتقاد قيمته، والنقد في بيع الغائب لا يجوز. قال: وكذا العبد المفقود لا يقوم.

ابن القاسم: وإن كان العبد قريب الغيبة مما يجوز في مثله اشتراط النقد في بيعه لزم تقويمه إذا عرف موضعه وصفته، وتنتقد القيمة لجواز بيعه.

مالك في الموازية: وإن أعتق في يسره ثم قيم عليه في عسره، فلا شك أنه [٧٤٨/ ب] لا يقوم.

الثَّانِي: أَنْ يَحْصُلَ عِتْقُ الْجُزْءِ بِاخْتِيَارِهِ أَوْ بِسَبَبِهِ، فَلَوْ وَرِثَ جُزْءاً مِنْ قَرِيبِهِ لَمْ يَسْرِ، وَلَوِ اتَّهَبَهُ أَوِ اشْتَرَاهُ سَرَى...

الشرط الثاني في التكميل: حصول عتق الجزء باختياره أو بسببه، احترازاً من الميراث لأنه جبري، فلذلك لا يعتق عليه إلا ما ورث ولو كان ملياً؛ لأنه لم يعتق وإنما أعتق عليه، فلم يدخل في قوله صلى الله عليه وسلم: «**من أعتق**».

وقوله: (**وَلَوِ اتَّهَبَهُ أَوِ اشْتَرَاهُ**) بياناً لما ذكره من التسبب. ومعنى (**اتَّهَبَهُ**): طاوع على قبوله من الهبة، وخالف عبد الملك في الهبة والوصية، فقال: لا يقوم عليه وإن اتهبه؛ أي:

قبله؛ لأن ما وهب له منه أو أوصى لم يعتق عليه على كل حال قبله أو لا، وولاؤه للموهوب له، وهذا مبني على أن الموهوب ونحوه إذا لم يقبل الهبة يعتق ذلك الشقص وحده وهو مذهب الموازية. قال فيها: وولاؤه للميت؛ أي: في الوصية، ثم رجع فقال: للموصى له. ومذهب المدونة خلافه؛ لأنه قال في كتاب الولاء: إذا أوصى له ببعض أبيه فإن قبله قوم عليه باقيه، وإن رده فروي عن مالك أن الوصية تبطل.

ابن يونس: وقاله أشهب وابن دينار. ووافق أصبغ ما في الموازية في الوصية: أنه إذا لم يقبل يعتق عليه ذلك ويكون ولاؤه للموصى له، قال: وأما في الصدقة عليه كله وإن لم يقبله فهو حر كله على سيده. وقال ابن الماجشون: الوصية والهبة سواء قبلهما أو ردهما لا تقويم عليه لباقيه؛ لأن ذلك الشقص يعتق عليه بكل حال وولاؤه للموصى؛ لأنه عتق. وتحصيل هذا الفصل: أنه لا خلاف في التكميل إذا اشترط بعضه، ولا في عدمه إن ورثه.

اللخمي: واختلف في الهبة والصدقة والوصية في ثلاثة مواضع في الاستكمال إذا قبل ذلك النصيب، وفي عتق النصيب إذا لم يقبل الهبة والصدقة والوصية، وفي ولاء ذلك النصيب على القول بعتقه. وقال سحنون عن مالك وجميع أصحابه إلا ابن نافع في مسألة الميراث: إذا اشترى بعضه بعد ذلك أو وهب له لم يعتق عليه. وقال ابن نافع: يقوم عليه.

سحنون: ولا أعلم من يقول غيره. قال في المدونة: وإن وهب الصغير أباه أو من يعتق عليه أو ورثه فقبل ذلك أبوه أو وصيه؛ فإنه يعتق عليه ذلك الشقص فقط، ولا يقوم على الصبي ولا على أبيه أو وصيه، فإن لم يقبل ذلك الأب أو الوصي فهو حر على الصبي لا على أبيه أو وصيه، وهذا الذي يؤخذ من قوله: (**اتَّهَبَهُ**) فإن مفهومه لو اتهبه عنه غيره أنه لا يكون كذلك.

الثَّالِثُ: أَنْ يَكُونَ هُوَ الْمُبْتَدِئَ لِتَبْعِيضِ الْعِتْقِ، فَلَوْ كَانَ بَعْضُهُ حُرًّا لَمْ يُقَوَّمْ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانُوا جَمَاعَةً فَالتَّقْوِيمُ عَلَى الأَوَّلِ ...

الشرط الثالث للتقويم: أن يكون المعتق هو المبتدئ لتبعيض العتق، فلو كان لإفساد الرقبة فأحدث العتق فيها؛ كما لو كان ثلثه حرًّا، أو ثلثاه لرجلين فأعتق أحدهما نصيبه فلا تقويم عليه، وكذلك لو كانوا جماعة فالتقويم على الأول؛ أي: ولأجل اشتراطنا في التقويم أن يبتدئ بالعتق لو كان الشركاء في العبد جماعة فأعتق أحدهم نصيبه ثم أعتق الثاني بعده وهما مليان؛ قوم نصيب الثالث على الأول فقط لأنه المبتدئ.

اللخمي: إلا أن يرضى الثالث أن يقوم عليه، فإن رضي بذلك قوم على الثاني، ولا مقال للأول في ذلك لئلا يستحق الاستكمال، وإنما الاستكمال حق صعب، فإن كان الأول معسراً والثاني موسراً فلا تقويم على الثاني. قال ابن نافع: يقوم عليه.

سحنون: وبالأول قال جميع أصحابنا.

فَلَوْ أُعْتِقَ اثْنَانِ مَعاً قُوِّمَ عَلَيْهِمَا عَلَى قَدْرِ حِصَصِهِمَا، وَقِيلَ: عَلَى عَدَدِهِمَا

فلو كان لأحدهم نصف وللآخر ثلثه وللآخر سدسه فأعتق صاحب النصف وصاحب السدس؛ لقوِّم على المشهور على كل واحد على قدر نصيبه، والربع على قول عبد الملك، ووجهه ظاهر؛ لأن التقويم يترتب علي فضل الأجزاء لو انفرد، وقد تقدمت نظائر هذه المسألة.

فَلَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُعْسِراً فَفِي تَقْوِيمِ الْبَاقِي عَلَى الْمُوسِرِ قَوْلانِ

يعني: ولو كان أحد المعتقين معسراً، فهل يقوم الجميع على الموسر، أو إلا ما كان يلزمه في ملاء صاحبه وهو قول عبد الملك، ونقله ابن حبيب عن المصريين، وروي أيضاً عن مالك.

وَلا يُعْتَقُ إلا بَعْدَ التَّقْوِيمِ وَدَفْعِ الْقِيمَةِ عَلَى أَظْهَرِ الرِّوَايَتَيْنِ

مقابل الأظهر القول بالسراية، ومقتضى كلامه -رحمه الله- أنه لا يعتق على الأظهر إلا بعد شيئين؛ التقويم، ودفع القيمة. واستغنى المصنف بالتقويم عن الحكم؛ لأنه غالباً لا يكون إلا بعد الحكم، وكانت أظهر -والله تعالى أعلم- لظاهر الحديث؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**قوم عليهما قيمة عدل وأعطى شركاءه حصصهم وأعتق عليه العبد**». فذكر صلى الله عليه وسلم العتق بعد إعطائه القيمة. **فإن قيل**: إن الواو لا ترتب؛ **قيل**: جاء في بعض رواية النسائي بثم عن سفيان عن عمر عن سالم عن أبيه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «**إذا كان عبد بين اثنين فأعتق أحدهما نصيبه، فإن كان موسراً فإنه يقوم عليه ولا شطط ثم يعتق**». وجاء في رواية بالفاء، ويدل على اعتبار الحكم ما رواه النسائي [٧٤٩/ أ] من قوله صلى الله عليه وسلم: «**من أعتق نصيباً له في اثنين كلف عتق ما بقي**».

وقوله: (**وَالثَّالِثُ**) أي: وفي المسألة قول ثالث إن عم المعتق بأن قال: نصيبي ونصيب غيري حر ونحوه، فالسراية وإن لم يعم فكالثاني. وجعل المصنف هذا القول في المسألة ابتداء، وإنما جعله ابن شاس مفرعاً، فقال، قال القاضي أبو محمد: أظهر الروايتين أن السراية تحصل بالتقويم ودفع القيمة للشريك.

ويتفرع على الروايتين مسائل؛ **إحداها**: زمان اعتبار القيمة، فعلى أظهر الروايتين يوم الحكم إذا نص المعتق على نصيبه، وإن عمم في جملة العبد فيوم العتق. وقال مطرف وعبد الملك: بل يوم الحكم كالمقتصر على نصيبه. وروي عن أشهب وأصبغ وابن عبد الحكم: وأما على الرواية الأخرى فيوم العتق على كل حال. لكن قال ابن عبد السلام: والقول الثالث تقييد. وفي المدونة دليل عليه؛ ففي كتاب العتق: إذا أعتق أحد الشريكين في الأمة حصته وهو ملي ثم وطئها المتمسك بالرق قبل التقويم لم يحد؛ لأن حصته في ضمانه قبل التقويم. ثم قال: وإن أعتق أحدهما جميعها وهو ملي لزم ذلك شريكه.

ابن القاسم: ثم ليس لشريكه عتق حصته، ولو وطئها الآخر بعد علمه بعتق الملي لجميعها لَحُدَّ إن لم يعذر بجهالة، انتهى بمعناه.

الثَّالِثُ: إِنْ عَمَّمَ فَقَبْلَهُمَا

إذا أعتق حصته، وأما إن عمم فيوم الحكم كما ذكرناه من كلامه في الجواهر.

وَعَلَى الأَظْهَرِ يُقَوَّمُ يَوْمَ الْحُكْمِ لا يَوْمَ الْعِتْقِ

هذا تفريع على الأظهر، وعلى الثاني فالقيمة قد وجبت على المعتق فلا يضر موته.

فَلَوْ مَاتَ قَبْلَ التَّقْوِيمِ لَمْ يُقَوَّمْ

تفريع أيضاً على الأشهر، ولا ينفذ على القول بالسراية.

وَلَوْ أَعْتَقَ الشَّرِيكُ حِصَّتَهُ نَفَذَ، وَقَالَ الأُسْتَاذُ أَبُو بَكْرٍ: وَمُقْتَضَاهُ إِذَا بَاعَهُ قَبْلَ التَّقْوِيمِ أَنْ يُقَوَّمَ لِلْمُشْتَرِي. وَفِي الْمُدَوَّنَةِ: يُرَدُّ الْبَيْعُ لِلتَّقْوِيمِ ...

يعني: أن الأستاذ أبا بكر الطرطوشي رأى أن مقتضى أظهر الروايتين يمضي بيع الشريك الذي لم يعتق نصيبه ويقوم للمشتري كما يقوم للبائع. وفي المدونة: إذا أعتق أحدهما ثم باع الآخر يرد بيعه للتقويم على المعتق.

ابن حبيب: ورواه المصريون والمدنيون من أصحاب مالك عنه.

وأورد على الأستاذ: أنه لا يلزم من بقائه على ملك الشريك نفوذ البيع؛ لأن البيع يرد لعلة أخرى وهي هنا الغرر؛ لأن التقويم قد وجب قبل البيع فدخل المشتري على قيمة مجهولة وعلى شراء ما فيه خصومة. ويجاب عن ذلك: بأن مذهب ابن القاسم جواز شراء ما فيه خصومة. وينتقض ما قلتم من التعليل بالغرر بقوله في المدونة آخر كتاب العتق الأول: وإن بعت أنت. وأجاب بعض شيوخ صاحب النكت: بأن المشتري في المسألة

الأولى دخل على الفساد بوجوب القيمة قبل الشراء، بخلاف المشتري هو وأجنبي إياه فلم يجب التقويم قبل الشراء، ولا يثبت في ذلك عتق إلا بعد حصول الشراء، على أن سحنوناً جَوَّزَ مسألة شراء الأب، وقال: لم يجوِّز هذا الشراء والأجنبي لا يدري ما اشترى. وقيد أشهب ما في المدونة من نقض البيع، فقال: إلا أن يكون المعتِقُ موسراً فلا يرد بيعه؛ إذ لا يرد إلى تقويم. قال: ولو لم يرد حتى أعسر ثم أيسر؛ فلا يرد إلا أن يكون عدمه الذي كان ليس بالمنكشف، ولا يرفع إلى الإمام يرد بيعه ويقوم عليه بقيمته. لكن قال ابن المواز: لا يعجبنا قوله في إجازة البيع إذا عدم المعتق بعد البيع؛ لأن المبتاع اشترى نصفاً وجب فيه التقويم، فكأنه أعطى عيناً أو عرضاً في قيمة مجهول إذا اشترى وهو يعلم بوجوب القيمة.

ابن المواز: وإن دخل العبدَ عيبٌ أو نقص في بدن أو سوق أو زيادة في مال أو ولد من أمة؛ فقد فات فسخ البيع ولزم مشتريه قيمة النصف المبيع يوم قبضه. وأطال ابن المواز الكلام على هذه المسألة، وانظر كلامه في ابن يونس.

قَالَ: وَكَذَلِكَ حُكْمُ شَهَادَتِهِ وَجِنَايَتِهِ وَحدِّهِ وَغَلَّتِهِ

الضمير في (**قَالَ**) يعود على الأستاذ؛ يعني أن الأستاذ قال: يجب أن يكون سائر أحكامه في شهادته وجنايته وحدوده إلى غير ذلك على هاتين الروايتين، فعلى المشهور عليه في ذلك أحكام العبيد، وعلى الأخرى أحكامه في ذلك أحكام الحر من يوم العتق، (**وَجِنَايَتِهِ**) مصدر يحتمل أن يكون مضافاً إلى فاعل أو إلى مفعول، كقولهم: ذكاء العلماء، ويحتمل أن يريد به الحدوث، وحينئذٍ يجوز أن يكون مضافاً إلى الفاعل وإلى المفعول، والله سبحانه أعلم.

قَالَ مَالِكٌ: لا يُقَوَّمُ إِلا بَعْدَ تَخْيِيرِ الشَّرِيكِ فِي الْعِتْقِ وَالتَّقْوِيمِ

ويتفرع على أظهر الروايتين ما قال مالك في الواضحة: لا يقوم نصيب الشريك على المعتق إلا بعد تخيير ربه بين العتق والتقويم، فإن أعتق فذلك له، وإن أبى قوِّم، وقد يقال في هذا البناء نظر؛ لأنا إن قلنا: إن العبد باق على ملك غير المعتق؛ فلا يلزم عليه تخيير الشريك، بل يكون الواجب حينئذ التقويم على المعتق كما ذهب إليه بعضهم، وعلى مقابله لا تخيير لنفوذ عتقه، وعلى هذا يأتي ما في قذف المدونة في الأمة: يعتق الشريك جميعها وهو موسر أن الشريك ليس له أن يعتق نصيبه، ولهذا قال مالك في النكت: إن مسألة القذف خلاف أصلهم أن من أعتق [٧٤٩/ ب] شقصاً أن للشريك أن يعتق أو يقوم، ولا يفترق ذلك في القياس يعتق الشريك جميعها؛ لأن عتقه إنما هو مسلط على ما يملك منها.

فَلَو اخْتَارَ أَحَدَهُمَا فَفِي قَبُولِ رُجُوعِهِ قَوْلانِ

إذا خيرناه فاختار العتق ثم أراد التقويم أو بالعكس، فهل له الرجوع أم لا؟ والخلاف إنما هو منصوص فيما إذا أراد التقويم؛ فمذهب ابن القاسم في المدونة والعتبية: أنه ليس له بعد ذلك أن يعتق؛ لأنه لما ترك حقه في العبد وجب التقويم على الأول، فصار حقاً له لا يخرج عن يده إلا برضاه، والقول الآخر لابن الماجشون وأصبغ، ورواه ابن وهب عن مالك؛ لأن قوله: أنا أقوم على شريكي عِدَةٌ لم تجب، وأما الصورة الأخرى وهي اختيار العتق فلم يذكر اللخمي فيها إلا أنه ليس له الرجوع إلى التقويم، وأجرى صاحب البيان فيها القولين السابقين.

ابن عبد السلام: وظاهر كلام المصنف أنه لا فرق بين أن يكون الشريك اختار ذلك من نفسه، أو بتخيير المعتق، أو بتخيير الحاكم، وليس فيما وقفت عليه من كلامهم في ذلك بيان، ولكن قوة كلامهم أن المسألة مفروضة فيما إذا اختار الشريك من غير تخيير القاضي له.

أشهب: وإن أعتق الشريك وهو موسر، فقال شريكه: أنا أقوم عليه ولا أعتق، فلما قوم عليه وجده معدماً؛ فإن العبد عتيق على الأول ويتبعه هذا بالقيمة في ذمته، لأنه ضمنه في وقت له تضمينه فيه؛ كمن أعتق وعليه دين وعنده وفاء به. وقال ابن القاسم: له أن يرجع إلى نصف العبد فيأخذه.

وَلَوِ اشْتَرَى الْحِصَّةَ شِرَاءً فَاسِداً عَتَقَ عَلَيْهِ وَلَزِمَتْهُ قِيمَتُهُ وَرَدُّ ثَمَنٍ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَهُ فَاسْتُحِقَّ الثَّمَنُ...

يعني: لو كان المعتق اشترى الحصة التي أعتقها شراء فاسداً؛ فإن العبد يكمل عتقه عليه وتلزمه قيمته، أما النصف المشترى فلأنه قد أفاته بعتقه فلزمته قيمته، وإذا انتقل هذا النصف إلى ملكه لزمته قيمة النصف الآخر على ما تقدم. وشبه ذلك بما لو اشترى عبداً شراء صحيحاً فأعتقه ثم استحق الثمن؛ فإن العتق ينفذ وعليه مثل الثمن المستحق أو قيمته.

ووجه التشبيه: أن رد الثمن سبب الاستحقاق لا يبطل العتق، فكذا رده للفساد ليأخذ القيمة. وحمله ابن راشد على ما إذا قال الرجل لعبد غيره: إن اشتريتك فأنت حر، ثم اشترى حصة منه شراء فاسداً. وحمله غيره على ما إذا اشترى الشريك حصته شراء فاسداً، والتشبيه الأول أقرب إلى لفظه، ولم أرَ نقلاً يوافقها ولا الثالثة، وتمشية ابن راشد هي التي في المدونة، قال في أول العتق: ومن قال لعبد إن اشتريتك أو ملكتك فأنت حر، فاشتراه أو بعضه؛ أعتق عليه جميعه وقوم عليه نصيب شريكه، وإن اشتراه بيعاً فاسداً؛ أعتق عليه ولزمته قيمتها ورد الثمن، كمن ابتاع عبداً بثوب فأعتقه ثم استحق الثوب فعليه قيمة العبد. هذا لفظه.

وأقام بعض الشيوخ منه: أن البيع الفاسد ينقل الملك بنفس الشراء؛ لأن الحرية تفتقر إلى محل وهو الملك، فلو لم يصادف الحرية العبد في ملك المشتري ما عتق عليه.

وَمَتَى كَانَ السَّيِّدَانِ مُسْلِمَيْنِ فَالتَّقْوِيمُ

هذا شروع فيما يتعلق بالسيدين والعبدين باختلاف الدين.

وقوله: (**السَّيِّدَانِ مُسْلِمَيْنِ**) **يعني**: والعبد ليس بمسلم، وحذفه لدلالة المفهوم (**فالتقويم**) أي: على المعتِق منهما بلا خلاف؛ للحديث.

وَالذِّمِّيَّانِ إِنْ كَانَ الْعَبْدُ ذِمِّيًّا فَلا تَقْوِيمَ، وَإِنْ كَانَ مُسْلِماً فَرِوَايَتَانِ

أما إذا كان الثلاثة كفاراً؛ فإنا لا نعرض لهم، اللهم إلا أن يعتق الكافرَ كافرٌ أو يبينه عنه.

ابن المواز: إلا أن يرضوا بحكمنا. والأصح من الروايتين: إذا كان العبد مسلماً؛ التقويم تغليباً للإسلام، وهو مذهب الموازية.

فَإِنْ كَانَ الْمُعْتِقُ مُسْلِماً دُونَ شَرِيكِهِ فَالتَّقْوِيمُ، وَبِالْعَكْسِ ثَالِثُهَا لابْنِ الْقَاسِمِ: إِنْ كَانَ الْعَبْدُ مُسْلِماً قُوِّمَ...

يعني: ولو كان المعتق ذمياً وشريكه مسلماً، ولا فرق بين أن يكون العبد مسلماً أو لا، فثلاثة أقوال؛ **الأول**: التقويم على الذمي، سواء كان العبد مسلماً أو ذمياً، وهو قول غير ابن القاسم في المدونة.

مطرف، وابن الماجشون: وأحد قولي ابن المواز، وحكاه عن أشهب وهو الجاري على المختار في المسألة السابقة؛ لأنه حكم بين مسلم وغيره، ومقابله لمالك في المختصر، واستحسنه اللخمي وبناه على عدم الخلاف.

والثالث لابن القاسم في المدونة: الفرق؛ فإن كان العبد مسلماً قوم على الذمي لأنه حكم بين مسلم وذمي، وإن كان العبد كافراً فلا تقويم عليه؛ لأنه لو كان جميعه للكافر فأعتق بعضه لم يحكم عليه بعتقه. ولبعض القرويين قول **رابع**: إن أبان النصراني العبد عن نفسه حتى لو أراد رده في الرق لم يكن له ذلك، فيجبر المسلم على أن يقومه عليه ولو لم يبن

العبد عن نفسه، ولو أراد رَدَّهُ في الرق كان له فلا تقويم عليه إلا أن يشاء المسلم. أشهب: ولو اشترى نصراني ابنه المسلم عتق عليه. قال: فإن كان نصرانياً لم يعتق.

اللخمي: وعلى قول مالك -يعني في المختصر-: لا يعتق وإن كان مسلماً؛ لأنه غير مخاطب بالشرع. وعورض قوله في المدونة: من عدم [٧٥٠/ أ] التقويم في المسألة إذا كان العبد كافراً بماله، بما له في كتاب الشفعة: ووجه المعارضة أن هذه المسألة اجتمع ذميان وبينهما مسلم، ولم يقل يحكم فيها بحكم الإسلام في التقويم، ومسألة الشفعة اجتمع فيها ذميان وبينهما مسلم، وقال: يحكم بحكم الإسلام لإيجابه الشفعة للذمي.

وَإِذَا أَذِنَ السَّيِّدُ أَوْ أَجَازَ عِتْقَ عَبْدٍ جُزْءاً قُوِّمَ فِي مَالِ السَّيِّدِ وَإِنِ احْتِيجَ إِلَى بَيْعِ الْمُعْتِقِ

يعني: إذا كان العبد مشتركاً بين حرٍّ وعبد، فإن أعتق الحر نصيبه فواضح، وإن أعتق العبد نصيبه بغير إذن سيده فأجازه أو أذن له في ذلك ابتداء؛ فيقوم عليه حينئذٍ على السيد الأعلى حتى لو لم يكن ما يكمل به إلا العبد المعتق بيع؛ لأن المعتق في الحقيقة هو السيد الأعلى، ألا ترى أن الولاء له، وهذا معنى قوله: (**قُوِّمَ فِي مَالِ السَّيِّدِ**) أي: الأعلى، وإن احتيج إلى بيع المعتِق بكسر التاء، وهكذا قال سحنون، ويمكن أن تلقن هذه المسألة بأن يقال: متى يباع السيد في قيمة عبده.

ابن القاسم وسحنون: ولو قال السيد قدموه على العبد فيما بيده من مال لم يقوم عليه.

وَمَنْ أَعْتَقَ حِصَّتَهُ إِلَى أَجَلٍ، فَقَالَ مَالِكٌ: يُقَوَّمُ الآنَ وَيُعْتَقُ إِلَى الأَجَلِ. وَقَالَ سُحْنُونٌ: لِلشَّرِيكِ أَنْ يَتَمَاسَكَ إِلَى الأَجَلِ فَيُقَوَّمُ حِينَئِذٍ وَلا يَبِيعُهُ قَبْلَهُ إِلا مِنَ الْمُعْتِقِ ...

يعني: وإن أعتق أحد الشريكين نصيبه إلى أجل. وما نسبه المصنف لمالك هو مذهب المدونة، وبه قال المغيرة وابن القاسم. **سحنون**: وبه أقول.

ابن القاسم في العتبية: إلا أن يعتق شريكه نصيبه إلى ذلك الأجل ويقوم عليه الآن. أي: لأن المقصود تساوي الشقصين.

أصبغ عن ابن القاسم وأشهب: إلا أن يكون الأجل بعيداً فيؤخر التقويم إلى حلوله. ولو قال قائل: يؤخر التقويم في الوجهين لم أعبه، وقاله أصبغ. فيحتمل ما في المدونة التقييد بما نقله أصبغ عن ابن القاسم وأشهب، ويحتمل الإطلاق.

وقوله: (**وَقَالَ سُحْنُونٌ**) عن غيره، وفسره ابنه بأنه عبد الملك.

وقوله: (**لِلشَّرِيكِ**) دلت الواو على أن هذا القائل يخيره، فإن شاء التمسك؛ قوم عليه الآن وكان جميعه حرًّا إلى الأجل، وإن شاء تماسك، ثم ليس له بيعه قبل السنة مثلاً إلا من شريكه؛ لدخول المشتري منه على قيمته مجهولة، فإذا تمت السنة قومت عليه بقيته يوم تمت إن كان ملياً أو فيما هو ملي به منهما ما لم يكن تافهاً.

وفي البيان قول ثالث: أنه لا يقوم عليه حتى يحل الأجل، وهو قول مالك في رواية مطرف عند العدم أخذت منه القيمة وواقفت إلى الأجل؛ لأنه إذا قلنا بالتقويم الآن يؤدي إلى أن من أراد الاستبداد بمنفعة عبد يعتقه إلى أجل لاسيما إن كان الأجل بعيداً. عبد الملك: ولو شاء التقويم عليه يوم العتق فألفاه عديماً؛ فلا يكون ذلك قاطعاً للتقويم عليه عند الأجل إن كان يومئذ ملياً، ولا مبيحاً للشريك بيع حصته من غيره قبل تمامها.

وقال المغيرة وسحنون: إن عدمه اليوم قاطع للتقويم عليه إن أيسر ومبيح للشريك بيع حصته.

فَلَوْ عَجَّلَ الثَّانِي الْعِتْقَ، فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: تُقَوَّمُ خِدْمَتُهُ إِلَى أَجَلٍ فَيَأْخُذُهَا الأَوَّلُ. ثُمَّ رَجَعَ فَقَالَ: يُعْتَقُ بَعْضُهُ مُعَجَّلاً وَبَعْضُهُ مُؤَجَّلاً.

أي: لو أعتق الأول نصيبه إلى الأجل ثم أعتق الآخر نصيبه بتلاً، فقال ابن القاسم أولاً: تقوم الخدمة إلى ذلك الأجل ويؤخذ من المبتل ويدفع إلى الآخر ويعتق كله الآن. ثم

رجع فقال: يعتق نصفه الآن ونصفه إلى سنة ولا تؤخذ قيمة خدمته وولاؤه لغيره، وإليه ذهب أشهب، وحكاه سحنون وجميع الأصحاب، ويعرض على الأول بأن قيمة الخدمة قد تكون مساوية لقيمة نصيبه من الرقبة، وفي ذلك إتلاف المال المعجل، إلا أن يقال: إن ذلك كالممتنع عادة، والبحث هنا قريب مما إذا رجع من يشهد بتنجيز عتق معتق إلى أجل ثم رجع الشهود.

مطرف: ولو أعتقاه معاً إلى أجل واحد بعد واحد ثم بتل أحدهما؛ فلا يقوم عليه لأنه وضع خدمته. زاد مطرف: وإن مات العبد قبل السنة فماله فيمن بقيت له فيه الخدمة. سحنون: وإن أعتق الأول إلى سنة ثم الثاني لنصفها؛ فلا تقويم، فإذا مضى نصفها عتق نصفه، ولا تقويم للمعتق إلى سنة، وهو عندها حر كله. ابن حبيب: وهو كما لو نجز الأول وأعتق الثاني إلى سنة.

ابن القاسم: ولو كان كله لرجل فأعتقه إلى سنة فخدمه بعضها، ثم قال: نصفك حر الساعة عتق عليه جميعه.

ابن المواز: وإن أعتق أحدهما لسنة ثم الثاني بعد موت فلان، فإن مات فلان قبل السنة عتق نصيب الثاني ولا تقويم عليه، وإن أبت قبل موته عتق عليه مصابه وقوم عليه نصيب شريكه، إن كان الأول صحيحاً فمن رأس المال، أو مريضاً فمن الثلث، وأما نصيبه فمن رأس المال.

فَلَوْ بَتَلَ الأَوَّلُ وَهُوَ مُوسِرٌ وَأَجَّلَ الثَّانِي أَوْ دَبَّرَ، فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يُفْسَخُ وَيُقَوَّمُ وَيُعَجَّلُ. وَقَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ: يَقَعُ مُنَجَّزاً...

هذه عكس التي قبلها وهو موسر في محل الحال، واحترز مما إذا كان الأول معسراً، [٧٥٠/ ب] ولا اعتراض على الثاني، وفي معنى تأجيل الثاني وتدبيره كتابته، نص على ذلك في المدونة وغيرها.

وقوله: (**فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: فِي الْمُدَوَّنَةِ يُفْسَخُ**) فعلى الثاني ويقوم ويؤجل عتقه لحق العبد في العتق. وبقول عبد الملك قال المغيرة وابن نافع، ووجهه: أنه قد ترك التقويم فيعجل عليه العتق الذي ألزمه نفسه، واستثنى من الرق ما ليس له.

ابن عبد السلام: والظاهر في حق الجاهل قول ابن القاسم، وفي حق العالم قول عبد الملك.

وَمَنْ دَبَّرَ حِصَّتَهُ لَمْ يَسْرِ وَيَتَقَاوَيَانِهِ فَيَكُونُ رَقِيقاً كُلُّهُ أَوْ مُدَبَّراً كُلُّهُ. وَرُوِيَ: إِنْ شَاءَ الشَّرِيكُ قَوَّمَ أَوْ قَاوَى أَوْ تَرَكَ الْجُزْءَ مُدَبَّراً...

اعلم أن من دبر بعض عبده لزمه تدبيره كله، ولم يتكلم المصنف على هذه، وإنما تكلم على ما إذا دبر أحد الشريكين؛ لقوله: (**حِصَّتَهُ**).

وقوله: (**لَمْ يَسْرِ**) أي: لم يكمل عليه التدبير. ولو قال المصنف لم يكمل لكان أحسن؛ إذ لا يلزم من نفي السريان نفي الحكم، وهذا هو المشهور. وروي عن مالك: أنه يقوم على المدبر، فيكون تنزيلاً -لا تدبيراً- منزلة العتق، وعلى المشهور فيتقاوى المدبر وشريكه العبد. وفسر مطرف المقاواة: بأن يقوم قيمته عدل، ثم يقال للمتمسك: أتسلمه بهذا القيمة أم تزيد، فإن زاد قيل للمدبر: أتسلمه بهذا القيمة أم تزيد، هكذا حتى يقفا، فإن أخذه المدبر؛ بقي كله مدبراً، وإن أخذه غيره؛ بقي كله رقيقاً.

قال في المدونة: وكانت المقاوة عند مالك ضعيفة، ولكنه شيء جرى في كتابه.

اللخمي: وفيه جنوح لمذهب من أجاز بيع المدبر، وفيه نظر. وروي: إن شاء الشريك قوم أو قاوى، وهذه رواية مطرف وابن الماجشون، وروي: إنه بالخيار في هذين وفي تركه الجزء المدبر.

فهذا كله مقيد بقيدين؛

أولهما: أن يدبر بغير إذن شريكه؛ فإنه جائز.

الثاني: هذه الأقاويل إنما هي إذا كان المدبر موسراً، فإن كان معسراً؛ فحكى في البيان أربعة أقوال:

الأول لابن الماجشون وسحنون: أن الشريك بالخيار إن شاء أجاز له ما صنع وإن شاء فسخ تدبيره.

الثاني: أنه بالخيار إن شاء أجاز وتمسك بنصيبه، وإن شاء أتبعه بقيمة نصيبه، وإن شاء مقاواة على إن وقع عن المدبر أتبعه بما وقع به، وهو أحد قولي ابن القاسم.

الثالث لمطرف: إن شاء تمسك بنصيبه وإن شاء قاواه، فإن صار للمدبر بيع منه بنصف ما وقع به عليه -أقل من نصيبه أو أكثر- وبقي الباقي مدبراً، وإن صار لغير المدبر كان رقيقاً كله. أصبغ: وهو القياس، والاستحسان إن صار للمدبر لم يبع منه إلا نصفه فأقل، فإن لم يفِ نصفه بما وقع في المقاواة أتبعه بالباقي في ذمته، وهو القول الرابع.

وَيُقَوَّمُ الْعَبْدُ كَامِلاً بِغَيْرِ عِتْقٍ عَلَى الأَصَحِّ لا مَا بَقِيَ

أي: إذا قلنا أن العبد يقوم على المعتق؛ فإنه يقوم جميعه على أنه رقيق كله، وأكد ذلك بقوله:(**بِغَيْرِ عِتْقٍ**) وحكى أبو عمران اتفاق الأصحاب، وحكي عن أحمد بن خالد أنه يقوم نصفه الآخر، وهو ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام؛ فكان يبلغ له ثمن العبد. وفصَّلَ؛ فإن أعتق بإذن شريكه فكقول أحمد، وإن لم يعتق بإذن شريكه فكالمشهور، وينبغي على الأول أن يكون للشريك الرجوع على العتق بقيمة عيب نقص العتق إذا منع الإعسار من التقويم، وقاله بعضهم.

وَيُقَوَّمُ بِمَالِهِ

لأن المال يتبعه ولا يقدر على نزعه من يده لعتق بعضه، وسواء كان ذلك المال قبل العتق أو بعده. وقال في الموازية: ويقوم بقدر ما يساوي في مخبرته وصنعته وبماله وبما

حدث له بعد العتق من ولد، وكذلك الأمة تقوم بمالها وبما ولدت، وكذلك إن دخله عيب فإنما عليه قيمته يوم الحكم. ورواه ابن القاسم وابن وهب وأشهب عن مالك.

وفي الموازية والواضحة والعتبية: في العبد الزارع إن قوم بالفسطاط كان أقل لقيمته؛ فليقوم بموضعه ولا يجلب للفسطاط.

وَلَوِ ادَّعَى الْمُعْتِقُ عَيْبَهُ وَلا بَيِّنَةَ تَوَجَّهَتِ الْيَمِينُ، وَرَجَعَ إِلَيْهِ ابْنُ الْقَاسِمِ

أي: لو ادعى من أعتق حصته عيب العبد، أي: عبداً خفيفاً كالسرقة والإباق، وقال: شريكي يعلم ذلك، وأنكر شريكه ولا بينة؛ ففي الواضحة عن ابن القاسم: أنه يقوم سالماً ولا يحلف له لدعواه إلا أن يقيم شاهداً، ثم رجع فقال: بل يحلف له. واختاره أصبغ وابن حبيب، وهو الظاهر؛ لأنه دعوى بمال. أشهب وابن عبد الحكم: ويحلف إذا شهد به غير عدل. وقال محمد: لا يمين عليه.

وَيَعْتِقُ عَلَى مَنْ مَلَكَ بِإِرْثٍ أَوْ غَيْرِهِ أَحَدُ عَمُودَيْهِ، الآبَاءُ وَإِنْ عَلَوْا وَأُمَّهَاتُهُمْ، وَالأُمَّهَاتُ وَإِنْ عَلَوْنَ وَآبَاؤُهُنَّ، وَالأَوْلادُ وَإِنْ سَفَلُوا، وَوَلَدُ الأُنْثَى وَالذَّكَرِ سَوَاءٌ، وَكَذَلِكَ الإِخْوَةُ وَالأَخَوَاتُ مِنْ أَيِّ جِهَةٍ كَانُوا عَلَى الأَصَحِّ، وَزَادَ ابْنُ وَهْبٍ الْعَمَّ. وَكُلُّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ، وهُوَ: كُلُّ مَنْ لَوْ كَانَ امْرَأَةً لَمْ يَحِلَّ لَهُ نِكَاحُهَا

هذه هي الخاصة الثانية، ونص على الإرث لئلا يقال أنه ملك جبري فلا يعتق عليه. وعم بقوله: (**أَوْ غَيْرِهِ**) [٧٥١/ أ] أنواعَ الملك الاختياري، واستدل على هذا بآيات الوصية بالوالدين، وبمنافاة الملك للولد في قوله: ﴿ أَن دَعَوْاْ لِلرَّحْمَٰنِ وَلَدًا ﴾ [مريم: ٩١] قال: ﴿ إِن كُلُّ مَن فِي ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ إِلَّآ ءَاتِي ٱلرَّحْمَٰنِ عَبْدًا ﴾ [مريم: ٩٣].

وقوله: (**وَإِنْ عَلَوْا**) يتناول الأم دنية وجميع الجدات من قبل الأم.

وقوله: (**وَآبَاؤُهُنَّ**) أي: آباء الأمهات، ويمكن أن يستغنى عن هذا بقوله: الآباء وإن علوا. ولفظة الجلاب هنا أحسن، فإنه قال: ويعتق على الإنسان من أقاربه إذا ملكهم

الوالدان وإن علوا، والأولاد وإن سفلوا، والإخوة والأخوات من جميع الجهات، ولا يعتق الأعمام والعمات، ولا الخالات والأخوال، ولا ولد الإخوة، ولا ولد الأخوات، ولا أحد سوى من ذكرنا من القرابات. وهذا هو الذي قاله المصنف أنه الأصح هو المشهور؟ ومقابل الأصح رواه ابن خويزمنداد عن مالك: لا تعتق الإخوة ولا يعتق عليه إلا والده وولده.

وتبع في قوله: **(وَزَادَ ابْنُ وَهْبٍ)** ابن شاس فإنه قال: وزاد ابن وهب العم خاصة. والذي نقله صاحب النوادر واللخمي وصاحب البيان عنه مثل الرواية الأخيرة: أنه يعتق عليه كل ذي رحم محرم. نعم نقل أبو الحسن أنه تعتق العمة والخالة.

وقوله: **(وَهُوَ...إلخ)**. تفسير لذي رحم، وهو ظاهر، ودليله ما رواه النسائي عن ضمرة عن سفيان عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر -رضي الله عنهما- قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «مَنْ مَلَكَ ذا رحمٍ مَحرَم عَتَقَ». إلا النسائي قال: لا نعلم أحداً روى هذا الحديث عن سفيان عن ضمرة، وهو حديث منكر رواه أيضاً عن الحسن عن سمرة مرفوعاً، إلا أن سماع الحسن عن سمرة لا يصح إلا في العقيقة.

وَالْمَرِيضُ يَشْتَرِي قَرِيبَهُ يَعْتِقُ إِنْ وَفَّى بِهِ الثُّلُثُ

لأن عتقه إنما هو في الثلث.

فَإِنْ أَوْصَى بِقَرِيبٍ عَتَقَ قَبِلَ أَوْ لَمْ يَقْبَلْ. وَكَذَلِكَ الْهِبَةُ وَالصَّدَقَةُ، وَفِي وَلائِهِ إِنْ لَمْ يَقْبَلْهُ قَوْلانِ...

(وَكَذَلِكَ الْهِبَةُ وَالصَّدَقَةُ) أي: يعتق فيهما وإن لم يقبل. وهذا قول ابن القاسم في العتبية، وقد تقدم الكلام على هذه والتي بعدها، وإن أصبغ فرق بين الوصية والصدقة بجعله في الوصية عتيقاً وإن لم يقبله، بخلاف الصدقة لا يعتق حتى يقبله. والقولان في ولائه إن لم يقبله لابن القاسم، والذي رجع إليه أنه للموهوب له.

وَلَوْ كَانَ جُزْءاً وَلَمْ يَقْبَلْ فَقِيلَ: يَعْتِقُ الْجُزْءُ وَلا يُقَوَّمُ. وَقِيلَ: لا يَعْتِقُ

أي: لو كان الموصى به أو الموهوب أو المتصدق به جزءاً من قريبه، فإن قبل كمل عليه، وإلا فقولان وقد تقدما.

خليل: وينبغي على القول بأنه لا يعتق الجزء هنا ألا يعتق عليه العبد إذا لم يقبله في المسألة السابقة.

وَلَوْ وَرِثَ قَرِيبَهُ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ، فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يُبَاعُ فِي دَيْنِهِ، بِخِلافِ الْهِبَةِ لِغَيْرِ الثَّوَابِ وَالْوَصِيَّةِ؛ لأَنَّهُ إِنَّمَا وُهِبَ لِيَعْتِقَ. وَقَالَ أَشْهَبُ: يَعْتِقُ فِي الْجَمِيعِ

حاصله: أنه اتفق على العتق في الهبة والوصية واختلف في الإرث، فقال ابن القاسم: لا يعتق. وقال أشهب: بل يعتق. وقد تقدمت هذه المسألة من كلام المصنف في باب الفلس وتقدم عليه الكلام.

وقوله: (**لأَنَّهُ إِنَّمَا وُهِبَ لِيَعْتِقَ**) فكأن الواهب إنما قصد عتقه عنه، فكذلك لا سبيل لأهل دينه عليه، والوصية تشارك الهبة في هذا. وكان ينبغي أن يقال: لأنه وهبه وأوصى به ليعتق، ولكنه نقل في الرواية، فإنه إنما وقع التعليل فيها للهبة. وأخذ بعض القرويين وابن يونس من قوله: وهب له ليعتق، أن الواهب لو لم يعلم أنه قريبه أنه يباع. وتردد ابن رشد وقد تقدم ذلك. ومفهوم قوله: أن الهبة لو كانت لثواب لم يعتق وهو ظاهر لأنها كالبيع، فيكون كمن اشترى قريبه وعليه دين.

وفي المدونة: ومن ابتاع أباه أو عليه دين يقترفه لم يعتق عليه ويباع في دينه، وإن اشتراه وليس عنده إلا بعض ثمنه، فقال مالك: يرد البيع. وقال ابن القاسم: بل يباع منه ببقية الثمن ويعتق ما بقي. وقال غيره: لا يجوز في السنة أن يملك أباه إلا إلى عتق ناجز.

ابن المواز: وقول ابن القاسم هو القياس على أصل مذهب مالك. واختلف الشيوخ هل الحكم عند مالك مساو وهو نقض البيع وهو طريق القابسي، أو ينقض في الثانية، وعليه

فالأولى على ما هو ظاهر الكلام وهي طريقة الشيخ أبي محمد. واختار عياض طريق القابسي؛ لأن المسألة مبنية كذلك في المبسوط، واختار ابن يونس طريق الشيخ أبي محمد، وذكر أن المسألة وقعت لمالك كذلك، وفرق بين المسألتين بأن الأولى اشتراط ودفع جميع ثمنه، فلا حجة للبائع إذا قبض جميع ثمنه بخلاف الأخرى.

فرع: المشهور أنه يعتق بالقرابة بنفس الملك، وقيل: يتوقف على الحكم، وفرق اللخمي وقال في الأب والأولاد كالأول، وفي غيرهم كالثاني.

الْمُثْلَةُ: وَمَنْ مَثَّلَ بِرَقِيقِهِ عَمْداً مُثْلَةَ شَيْنٍ عَتَقَ عَلَيْهِ وَعُزِّرَ

(**بِرَقِيقِهِ**) أي: القِنِّ ومن فيه شائبة حرية، لكن ظاهره إخراج عبد عبيده وعبد أولاده الصغار وليس بجيد، وقد نص في المدونة على أنهما كرقيقه، ويقوم عليه رقيق ولده الصغار إن كان موسراً، وإلا لم يقوم عليه.

ابن القاسم: وهو كما لو أعتقه، ولم يرتضه [٧٥١/ ب] اللخمي. وأما عبد ولده الكبير فكعبد الأجنبي لا يعتق عليه إلا أن يبطل منافعه.

وقوله:(**عَمْداً**) **ابن عبد السلام**: ظاهره أنه يكتفى في العمد قصده إلى الضرب، وهو ظاهر كلام غيره. وقال عيسى في شرح ابن مزين: لا تكون مثلة بضربة أو رمية وإن كان عامداً لذلك، إلا أن يكون عامداً للمثلة يضجعه فيمثل به في مثل ما يستقاد للابن من أبيه.

وفي اللخمي: الوجه الذي تكون عنه المثلة أربعة يعتق بوجه واحد وهو أن يكون عمده على وجه العتق، ولا يعتق في ثلاث وهو أن يكون خطأ أو عمداً على وجه المداواة والعلاج، أو تشبيهاً للعمد وليس بصريحه؛ مثل أن يخذفه بسيف أو سكين فيبين منه عند ذلك عضو. وقال عيسى: يذكر عنه ما تقدم. ثم قال: وهو صحيح؛ لأن الغالب شفقة الإنسان على ماله، وقد يريد تبديره بالرمي ولا يريد خروجه عن ملكه بالعتق، وقد يريد المثلة حقيقة، وإن احتمل فِعْلُها الوجهين؛ يحلف أنه لم يقصد ذلك وترك.

سحنون: وإن ضرب برأسه فنزل الماء في عينه لم يعتق عليه؛ لأنه يحتمل أن يكون قصد ضرب الرأس دون ما حدث عن الضرب.

عياض: والمثلة - بضم الميم وسكون الثاء، وفتح الميم وضم الثاء، وقيل: بضمهما معاً - هي العقوبة.

وقوله:(**مُثْلَةَ شَيْنٍ**) سيأتي تفسير ذلك (**عَتَقَ عَلَيْهِ**) الأصل فيه ما رواه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، قال: **جاء رجل مستصرخ إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال جارية له يا رسول الله، فقال:«ويحك مالك». قال شرا أبصر لسيده جارية له فغار فجب مذاكيره، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:«علي بالرجل». فطلب فلم يقدر عليه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:«اذهب فأنت حر». فقال: يا رسول الله على من نصرتي؟ قال:«على كل مؤمن، أو قال كل مسلم»**. قال أبو داود: والذي أعتق اسمه روح بن دينار والذي جباه زنباع. ورواه ابن ماجه وذكر أن اسم العبد سندرا أو ابن سند. وزاد: وقطع أذنيه. قيل: وزنباع يومئذ كافر.

وَفِي مُثْلَةِ السَّفِيهِ قَوْلانِ

قال في الجواهر: عتق عليه عند ابن وهب وأشهب وأصبغ ولم يعتق عليه عند ابن القاسم، ووقع في بعض وعنه في مثلة العبد، وضمير عنه عائد على ابن القاسم؛ لأنه أشهر أصحاب مالك عند المغاربة وعند المتأخرين. ولم يرد مالك وإن كان الغالب إنما هو إضماره، وإلا لقال روايتان بدل القولان، ولعله إنما ألجأه إلى هذا عدم وجود الروايتين لمالك. والقولان لابن القاسم في الموازية، والذي رجع إليه عدم العفو.

ابن عبد السلام: والعتق أصح؛ لأن العتق بها شبيه بالحدود والعقوبات. وعلى هذا القول فنص ابن القاسم على أنه لا يتبع ماله، واستقرأ أشهب أنه يتبعه، على أنه

اختلف في الرشيد يمثل بعبده مثل ذلك، ولا يعتق على الصغير والمجنون بالمثلة، ولم يكن في ذلك خلاف.

وَفِي مُثْلَةِ الذِّمِّيِّ بِعَبْدِهِ الذِّمِّيِّ قَوْلانِ، بِخِلافِ الْعَبْدِ الْمُسْلِمِ

احترز بالذمي من المعاهد، فإنه لا يعتق عليه، قاله أشهب. قال: ويعتق على الذمي إلا أن يمثل به بعد إسلام، واختاره أصبغ. واختار الأول ابن حبيب واللخمي، ولعل منشأ الخلاف هل هو من أحكام المسلمين أو من باب التظالم؟

وَفِي مُثْلَةِ الزَّوْجَةِ فِيمَا زَادَ عَلَى الثُّلُثِ إِذَا كَرِهَ الزَّوْجُ قَوْلانِ

قال فيما زاد؛ لأنه لا خلاف أنها إن مثلت بعبد قيمته الثلث أنه يعتق عليها من غير توقف على رضى الزوج، وإنما الخلاف إذا رده. والقول بأنه يتوقف على رضاه لسحنون وابن القاسم ومقابله لأشهب، ومنشأ الخلاف هل العتق حد من الحدود يوجب العتق مطلقاً، أو ليس كذلك؟ وينظر إلى من يجوز عتقه ابتداء فيعتق عليه، ولهذا اختلف في العبد والمديان وقد نبه المصنف على ذلك بقوله:

وَفِي مُثْلَةِ الْعَبْدِ بِعَبْدِهِ وَالْمِدْيَانِ قَوْلانِ

القول بعدم العتق عليهما لابن القاسم والآخر لأشهب، ولو جمع المصنف هذه الفروع وذكر فيها قولين لكان أخصر، لاسيما والقائل متحد؛ لأن ابن القاسم يرى أنه لا يعتق إلا على من يجوز له عتقه ابتداء، وأشهب يعتق عليهم، اللهم إلا أن يقال: إنما فرقها لاختلاف مداركها، إلا العبد والمديان؛ فإن مدركهما متقارب وهو الحجر عليهما لحق غيرهما، ولا يقال: كان ينبغي على هذا أيضاً جمع الزوجة معهما؛ لأن المنع في حقها يتعلق ببعض مالها بخلافهما.

ابن القاسم: وإن مثل المريض عتق في ثلثه، وإن صح ففي رأس ماله.

وَقَطْعُ الأُنْمُلَةِ والظُّفُرِ وَشَقُّ الأُذُنِ شَيْنٌ

حكى عياض الاتفاق على العتق عليه بإزالة الظفر، وعورض بأنه جعل قطع الأنملة في كتاب العيوب عيباً خفيفاً إذا كان في الوخش، يريد المشتري ولا شيء عليه.

وفي قوله: (**وَشَقُّ الأُذُنِ**) وإن كان تبع فيه الجواهر نظر؛ لأن الذي في الموازية: إن قطع طرف أذنه أو بعض جسده عتق عليه. وكذلك قال مطرف: إن خرم أنفه أو قطع أشراف أذنيه عتق عليه.

اللخمي: يريد إذا قطع ما يقع فيه شين بيِّن فليس طرف الأنف كطرف الأذن وبضعة من جسده، فالقليل في الوجه شين، وليس كذلك إذا كان تحت الثياب. فلعل ابن شاس والمصنف قاسا الشق على القطع وأطلقاه على القطع [٧٥٢/ أ].

سحنون في كتاب ابنه: وليس شيء من الجوارح التي تعود لهيئتها مثلة، وإنما المثلة ما زال من الأعضاء، وظاهر هذا يخالف كلام المصنف.

وَوَسْمُ وَجْهِهِ بالنَّارِ شَيْنٌ، وَفِي ذِرَاعِهِ وَشِبْهِهِ لَيْسَ بِشَيْنٍ

ظاهر كلامه: أنه يكفي في كونه شيناً مجرد العلامة بالنار في الوجه ولو كان غير كتابة، والذي قال ابن وهب وأصبغ: إذا وسم جبهته وكتب فيها آبق يعتق. ومعلوم أن كتابة هذه الكلمة شنيعة.

أصبغ: وإن كتب ذلك في ذراعه لم يعتق، وكذا روى عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب في العبد يعرف بالإباق يسم سيده على وجهه عبد فلان.

وَفِي وَسْمِ وَجْهِهِ بِغَيْرِ النَّارِ قَوْلانِ

ظاهر كلامه: أن مجرد الوسم يختلف فيه، والذي في اللخمي: اختلف إذا وسم جبهته بمداد وإبرة وكتب فيه آبق، فقال ابن وهب: يعتق. وقال أشهب: لا يعتق، ورآه خفيفاً، وذكر ربما عمل له ما يزيله.

وَقَلْعُ الأَسْنَانِ وَسَحْلُهَا شَيْنٌ

هذا مما لا خلاف فيه، وسحلها بردها بالمبرد حتى تدفع منفعتها.

وَفِي السِّنِّ الْوَاحِدَةِ قَوْلانِ

ليس تخصيصه السن بالبين. فقد قال اللخمي: واختلف إذا قلع سناً أو سنين، فقال مالك في الموازية، وقال أصبغ: لا يعتق إلا في جل الأسنان. واختار اللخمي: إن قلع سنين من الثنايا أو الرباعيات شين بخلاف الأَرْحَاءِ. قال: وإن زال ما أفسد عليه استعجال الأكل وطحنه عتق. وقال عياض: يختلف فيها إذا أزال عضواً وإن قل، وإن كان ظفراً أو سنًّا كما نص عليه في الواضحة أنه يعتق عليه، إلا ما ذهب إليه أصبغ في السن الواحدة أنه لا يعتق.

وَحَلْقُ رَأْسِ الأَمَةِ وَلِحْيَةِ الْعَبْدِ لَيْسَ بِشَيْنٍ، إِلا فِي التَّاجِرِ الْمُحْتَرَمِ وَالأَمَةِ الرَّفِيعَةِ

أما غير التاجر والرفيعة؛ فليس بشين بالاتفاق، واختلف فيهما، فقال ابن الماجشون: يعتقان. وقال مطرف: لا يعتقان. ونقله في التنبيهات عن مالك، فقال: استخف مالك حلق الرّأس واللحية؛ لأنه يعود سريعاً لهيئته ويستر الرأس بالعمامة والوكاية، وفي الوجه بالتلثم إلى أن يعود سريعاً. ونقل الأول عن المدنيين واختاره اللخمي إذا كان لا يعود لهيئة، والثاني إن عاد، قال: ويمنع السيد من إخراج يتصرف حتى يعود حاله.

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: لا يَعْتِقُ بِالْمُثْلَةِ إِلا بِالْحُكْمِ. وَقَالَ أَشْهَبُ: بِالْمُثْلَةِ. وَفَرَّقَ ابْنُ عَبْدِ الْحَكَمِ بَيْنَ الْوَاضِحِ وَغَيْرِهِ...

تصور الأقوال من كلامه ظاهر، وهذه إحدى الطريقتين في نقل المذهب، وذهب اللخمي وغيره إلى أنه لا يعتق بغير البينة إلا بالحكم، وبالبينة قولان، واختار اللخمي أن العبد يخير إذا مثل في العتق؛ إذ قد يضره العتق إذا أزمنته المثلة ونحو ذلك.

وَلَوِ اخْتَلَفَا فِي أَنَّهُ عَمْدٌ؛ فَقَوْلُ السَّيِّدِ عَلَى الأَصَحِّ

أي: قال السيد هو خطأ. وقال العبد: بل هو عمد والقولان هنا، وفي تمثيل الزوج لسحنون، والذي رجع إليه ما صححه المصنف واستحسنه اللخمي، قال: لأنه مأذون له في الأدب، فيكون القول قول السيد إذا حلف، ولو كان قطع يد ونحو ذلك مما يكون بالحديد ومما يقوم الدليل أنه عمد لم يصدق واقتص للزوجة وأعتق العبد، ورأى في القول الآخر أن السيد معترف بموجب العتق مدع للخطأ؛ فلذلك لا يصدق.

سحنون: في هذا القول بعد قوله: فالقول قول المرأة والعبد، بخلاف الطبيب يتجاوز ويقول: أخطات، ويدعي المفعول العمد؛ لأنه مأذون له في الفعل.

وَرَوَى سَحْنُونٌ أَنَّ الْمَرْأَةَ تُطَلَّقُ بِمُثْلَةِ الْعِتْقِ

هذه الرواية ذكرها سحنون في العتبية أنها تطلق عليه مخافة أن يعود، قال في المبسوط: بطلقة بائنة. وساوى ابن رشد بين مثلة الزوج بزوجته وبيعه لها وإنكاحه إياها. وخرج الخلاف من بعضها في بعض، وحصل في كل منها ثلاثة أقوال:

الأول: تطلق عليه ثلاثاً. **والثاني**: طلقة بائنة. **والثالث**: عدم الطلاق. فذكر المصنف هذه المسألة هنا وإن كانت ليست من مسائل العتق، إما استطراداً في أحكام المثلة، وإما تنبيهاً على أنها لا ترد نقضاً في عدة المثلة من خواص العتق للخلاف فيها.

الْقُرْعَةُ: وَهِيَ فِيمَا إِذَا أَعْتَقَ عَبِيداً دَفْعَةً فِي مَرَضِهِ، أَوْ أَوْصَى بِعِتْقِهِمْ وَلَمْ يَحْمِلْهُمُ الثُّلُثُ، أَوْ أَوْصَى بِعِتْقِ ثُلُثِهِمْ، أَوْ أَوْصَى بِعِتْقِ عَدَدٍ مُسَمَّاهُ وَعَبِيدُهُ أَكْثَرُ

هذه هي الخاصة الخامسة، وأسقط الكلام على الرابعة وهي الحجر على المريض لأنه قدم الكلام عليها. والأصل في القرعة ما رواه مسلم من حديث عمران بن حصين: **أن رجلاً أعتق ستة مملوكين لم يكن له غيرهم، فدعاهم رسول الله صلى الله**

عليه وسلم فجزأهم فأقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة، وقال له قولاً شديداً. وفي رواية: **أنه أوصى بعتقهم**.

عبد الحق: والقول الشديد -والله أعلم- ما ذكره النسائي من حديث عمران بن حصين أيضاً أنه عليه الصلاة والسلام قال فيه وفي هذه القصة: «**لقد هممت ألا أصلي عليه**». ويحتمل أن يريد ما رواه أبو داود أنه عليه الصلاة والسلام قال: «**لو شَهِدْتُ قبل أن تدفن في مقابر المسلمين**». ويحتمل أن يحتمل مجموع الأمرين. وقوله يعني أنها تكون في أربعة أوجه:

الأول: أن يشمل في مرضه عتقهم ولم يحملهم الثلث.

الثاني: إذا أوصى [٧٥٢/ ب] بعتقهم ولم يحملهم الثلث. وقوله: (**وَلَمْ يَحْمِلْهُ الثُّلُثُ**) راجع إلى الوجهين.

الثالث: أن يوصي بعتق ثلثهم، وكذلك لو بتل عتق الثلث.

الرابع: أن يذكر عدداً سماه وعبيده أكثر، كما لو قال: عشرة من عبيدي أحرار وعبيده خمسون. وما ذكره من جريان القرعة في الوجوه الأربعة نص عليه ابن القاسم في الموازية، وقال أشهب وأصبغ وأبو زيد والحارث: إنما يسهم في الوصية، وأما في المبتلين في المرض فيعتق من كل واحد بغير سهم.

قال في الاستذكار: وهو خلاف السنة. وقال المغيرة: إنما القرعة فيمن أعتق عبيده بعد موته ولا مال له غيرهم للحديث، وليس فيما يقاس عليه عكس مذهب أبي زيد. وروي عن ابن نافع: أنه لا يسهم في الرقيق إلا في العتق إذا كان للهالك شيء من المال، وإنما السهمان إذا لم يكن للهالك شيء من المال إلا أولئك الرقيق فقط. ونقله ابن مزين عن مطرف، ومطرف عن مالك، وابن المواز عن ابن القاسم، والمشهور خلافه، وأنه لو كان

له مالٌ غيرهم إذا لم يحملهم الثلث، وإليه أشار المصنف بقوله: (**وَلَمْ يَحْمِلْهُمُ الثُّلُثُ**) فإنه يقتضي أنه لا فرق في ذلك بين أن يكون له مال غيرهم أم لا. واتفقت هذه الأقوال على أنه لا يدخل السهم في عتق الصحة.

سحنون: وقال بعض أصحابنا عن مالك أنه يكون السهم فيمن أعتق في صحته رأساً من رقيقه فلم يبينه حتى مات وهم أربعة؛ أنه يعتق ربعهم بالسهم. وقيل: يكون الخيار للورثة كما كان له. وحكى اللخمي في الوجه الرابع -أعني إذا أوصى بعدد سماه وعبيده أكثر- خمسة أقوال. فقال: إن قال في صحته عشرة من عبيدي أحرار وهم خمسون؛ هو بالخيار في عتق عشرة أيهم شاءوا. واختلف إذا أوصى بذلك في مرضه على خمسة أقوال:

الأول لمالك في المدونة: يعتق خمسهم بالسهم، خرج في ذلك خمسة أو خمسة عشر.

الثاني لمالك أيضاً في المدونة والواضحة: إن خرج في الخمس أظهر من عشرة عتقوا، وإن خرج أقل ضرب سهم على الباقي حتى يستكمل عشرة ما لم يجاوز ثلث الميت.

الثالث لأشهب في كتاب محمد قال: واسع أن يعتق منهم بالسهم أو بالحصص.

الرابع للمغيرة: ويعتق جميعهم بالحصص إذا كان العتق من الميت، وإن أوصى ورثته أن يعتقوا كانوا بالخيار يعتقون من شاءوا.

والخامس: يأتي على قول مالك في الواضحة؛ لأنه قال فيمن قال: رأس من رقيقي حرٌّ وهم ثلاثة؛ يعتق ثلثهم بالسهم. ثم رجع وقال: ما هذا الذي أراد الميت وإنما أراد أن يُعتق واحد؛ فأرى أن يسهم بينهم فإن خرج واحد وهو أدنى من ثلث قيمتهم أعتق كله إذا حمله الثلث.

مطرف: وبه أقول. فعلى هذا إذا قال: عشرة وهم خمسون؛ أعتق منهم تلك التسمية، وسواء كانت قيمتهم أقل من الخمس أو أكثر إذا حملهم الثلث، هذا معنى كلامه.

وَلَوْ نَصَّ عَلَى أَسْمَائِهِمْ فَكَذَلِكَ، وَقَالَ سَحْنُونٌ: يَعْتِقُ مِنْهُمْ بِالْحِصَصِ

أي: لو قال في مرضه فلان وفلان أحرار وأوصى بعتقهم فكذلك؛ أي: يسهم بينهم. ورأى سحنون أن التسمية قرينة في إرادة العتق من واحد بالحصص لو قال ثلث كل رأس.

وَلَوْ أَعْتَقَ عَلَى التَّرْتِيبِ قُدِّمَ السَّابِقُ

الترتيب بأحد وجهين: إما في الزمان، وإما بذات من ذوات الترتيب، قدم السابق.

وَلَوْ قَالَ: الثُّلُثُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ؛ اتُّبِعَ وَلا قُرْعَةَ

وكذلك لو قال أيضاً: سهم من كل واحد منهم، ما ذكر إن حمل ذلك ثلثه، ولا يبدى بعضهم على بعض، أو ما حمل ثلثه مما سمي بالحصص من كل واحد بغير سهم، وقد تقدم أن المبتلين في المرض يعتق منهم محمل الثلث بالسهم على المشهور لا بالحصص، ولو حلف بيمين هو فيها على بر ثم حنث فيها في المرض وانعقدت اليمين في الصحة فكذلك، وإن كان فيها على حنث فمات؛ عتق عنهم محمل الثلث بالحصص، هذا معنى ما في المدونة.

واختلف القرويون والصقليون إن كانت يمينه في المرض وهو فيها على حنث فمات، فقال القرويون: إنهم كالمدبرين يعتق بالحصص. وقال الصقليون: هم كالمبتلين يعتقون بالسهم.

وَطَرِيقُ الْقُرْعَةِ: أَنْ يُقَوَّمَ الْعَبِيدُ وَتُكْتَبَ أَسْمَاؤُهُمْ كَالْقِسْمَةِ، فَمَنْ خَرَجَ اسْمُهُ عُتِقَ حَتَّى يَنْتَهِيَ إِلَى كَمَالِ الثُّلُثِ بِوَاحِدٍ أَوْ بِبَعْضِهِ...

تصوره لا يخفى عليك، لاسيما إذا عرفت ما تقدمت في القسمة.

الْوَلاءُ: سَبَبُهُ زَوَالُ الْمِلْكِ بِحُرِّيَّةٍ بِعِوَضٍ أَوْ بِغَيْرِ عِوَضٍ، أَوْ تَدْبِيرٌ، أَوِ اسْتِيلادٌ، أَوْ كِتَابَةٌ، أَوْ بَيْعٌ مِنْ نَفْسِهِ، أَوْ تَدْبِيرُ الْغَيْرِ عَنْهُ، أَوْ أَعْتَقَ عَنْهُ بِإِذْنِهِ أَوْ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ...

الولاء بفتح الواو ممدود من الولاية وهو من النسب وأصله من الولى وهو القرب، وأما من الولاية والتقديم فبالكسر، وقيل: يقال فيهما بالوجهين، والأصل حديث بريرة الذي في الصحيحين، وفيه: «**إنما الولاء لمن أعتق**».

وسببه: زوال الملك بالحرية، واحترز بـ(**زَوَالُ**) بالبيع والهبة ونحو ذلك، ثم بين أنه لا فرق في ذلك بين أن تكون الحرية بعوض أو لا بين المعلق وغيره، ولا بين أن يكون عن كتابة أو تدبير أو استيلاد أو بيع من نفسه؛ أي: من نفس العبد، كقوله: إن أعطيتني كذا فأنت حر. وعلى هذا فالمراد بقوله: (أو) لا أن يكون بعوض من غير العبد؛ لئلا يلزم التكرار.

وقوله: (**أَوْ تَدْبِيرُ الْغَيْرِ عَنْهُ**) هو معطوف على (**زَوَالُ الْمِلْكِ**) [٧٥٣/ أ] أو تدبير غيره، وفي إدخال المصنف (أل) على لفظة (غير) بالنسبة إلى العربية، وقوله: (**أَوْ أَعْتَقَ عَنْهُ بِإِذْنِهِ**) لا إشكال في ذلك إذا كان بإذنه، وأما بغير إذنه فهو المشهور، ونقل ابن عبد البر عن أشهب أن ولاءه للمعتق، وخرج اللخمي فيه.الخلاف الذي في السائبة، وتقدم للمصنف ثلاثة أقوال إذا أعتق عن غيره وبلغه ورضي، ثالثها: إن أذن له أجزأه.

فَإِنْ كَانَ عَنِ الْمُسْلِمِينَ فَقَوْلانِ، وجَعْلُهُ سَائِبَةً كَذَلِكَ

ظاهره أن الخلاف فيهما وهو مقتضى كلام اللخمي. وفي المقدمات: إن قال لعبده أنت حر عن المسلمين وولاؤك لي؛ لم يختلف في المذهب أن ذلك جائز، وأن الولاء يكون للمسلمين، ولا إشكال في وجود القولين في السائبة، والمشهور أنه للمسلمين. ولم يذكر المصنف حكم عتق السائبة ابتداء، وفيه ثلاثة أقوال: أجازه أصبغ، وكرهه مالك وابن

القاسم ابتداء، وإن وقع كان الولاء للمسلمين. وقال عبد الملك وابن نافع: ذلك ممنوع وإن وقع فالولاء للمعتق. وقال عياض: لا خلاف في جواز العتق عن المسلمين ولزومه وإن اختلف لمن ولاؤه، وإنما كره لفظ السائبة في الأولى؛ لاستعمال الجاهلية لها في الأنعام وتحريم الله ذلك، ولأنه كما قاله مالك أمر تركه الناس وتركوا العمل به.

وَإِعْتَاقُ الْكَافِرِ الْمُسْلِمَ لَيْسَ بِسَبَبٍ أَبَداً وَوَلاؤُهُ لِلْمُسْلِمِينَ

هذا كالتخصيص لقوله أولاً: (**سَبَبُهُ زَوَالُ الْمِلْكِ**) وقوله:(**أبداً**) يعني: لو أسلم، وهذا هو المعروف. المتيطي: وحكى ابن حارث عن ابن عبد الحكم أن الولاء يرجع إليه إن أسلم، وعلى الأول فلا يجرِ ولاء ولده، وقاله مالك.

اللخمي: والقياس أن يرجع إليه ولاؤه بإسلامه، ذكر الولاء لأن العتق كالنسب، وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم: «**الولاء لمن أعتق**» وهو معتق. وقال ابن المواز في مسلم له نصراني، وللعبد عبد مسلم لو أعتقه بغير علم من سيده ولم يعلم حتى أعتق العبد المسلم عبده النصراني ثم مات العبد المسلم عن مال فقال: ميراثه للمسلم الأعلى، وإذا صح أن يجر به إلى السيد الأعلى دون جميع أن يجر إلى ولده المسلم ويرجع إليه إذا أسلم.

فَلَوْ أَسْلَمَ الْعَبْدُ بَعْدَ عِتْقِهِ عَادَ الْوَلاءُ بِإِسْلامِ السَّيِّدِ

يعني: إذا أعتق الكافر عبده الكافر ثم أسلم العبد فلا يرثه سيده؛ إذ لا يرث الكافر المسلم، فإن أسلم السيد عاد ولاؤه، وتجوز المصنف في قوله: (**عَادَ**) كما في المدونة والموطأ؛ لقوله:رجع؛ لأن كلا اللفظين يقتضي انتقال الولاء حتى تأوله سحنون، فقال: رجوع الولاء في هذا الباب إنما هو في الميراث، وأما الولاء فهو قائم ولا ينتقل.

وإعتاقُ العبْدِ في حَالٍ يَجوزُ انْتِزَاعُ مَالِهِ، ولَوْ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ لَيْسَ بِسَبَبٍ أَبَداً بِخِلافِ الْمُكَاتَبِ ولَمْ يَرُدَّهُ السَّيِّدُ...

وهذا أيضاً مخصص لقوله أولاً: (**سَبَبُهُ زَوَالُ الْمِلْكِ**) وقوله: (**أَبَداً**) أي: ولو أعتق فالولاء لسيده، ومراده بـ(**الْعَبْدِ**) مقابل الحر، فيدخل من فيه عقد حرية، ومن ليس فيه عقد البتة؛ فلذلك حسن تقييدهم بقوله: (**حَالٍ يَجُوزُ انْتِزَاعُ مَالِهِ**) ويدخل القن والمدبر وأم الولد ما لم يمرض السيد، والمعتق إلى أجل ما لم يقرب الأجل، وأتى بقوله: (**ولَوْ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ**) دفعاً لتوهم أنه بلا إذن أعتقه عنه، أما لو علم السيد؛ أي: فإن الولاء له، وهذا مأخوذ من مفهوم قوله: (**يَجُوزُ انْتِزَاعُ مَالِهِ**) ولهذا استغنى المصنف بالمكاتب عما يشاركه في المعنى، والمدبر وأم الولد إذا مرض السيد من المعتق إلى أجل إذا قرب الأجل، والمعتق بعضه، وهو الذي أشار إليه المصنف من التفرقة بين من ينزع ماله ومن لا ينزع.

ابن المواز: هو أصل مالك وابن القاسم، وفي بعضها خلاف، فقد قال ابن المواز فيما إذا أعتق المدبر وأم الولد في مرض السيد بإذنه، فقال أصبغ: الولاء لهما وإن صح السيد؛ لأنه يوم أعتق لم يكن للسيد نزع ماله، وإنما ينظر إلى ساعة وقع العتق، وليس كذلك المكاتب إذا عجز بعد أن عتق عبده؛ فالولاء في هذا للسيد، ولا يرجع إن أعتق، وذكر أيضاً عن عبد الله بن عبد الحكم هذا الخلاف، قال: أحب إليَّ أن يكون للسيد وإن مات في مرضه، ولا يرجع إليهما وإن أعتقا؛ لأنه كان له أخذ مالهما لو صح، وكذلك المعتق بعضه يعتق بإذن سيده، قيل: له، ولا تراه مثل المكاتب؛ لأنه ممن لا ينتزع ماله فقال: لا، للمكاتب سنة وللعبد سنة وهو الصواب، وما روي عن ابن القاسم غير هذا فغلط عليه وإنما هو عن أشهب.

ابن المواز: والمدبر وأم الولد لا ينتزع أموالهما في مرض السيد، فإن انتزعهما ثم مات؛ فذلك رد له، وإن عاش بقي ذلك له، فالولاء لهما، وإن صح علمنا ممن له أن ينتزع مالهما فصار له الولاء، ثم يرجع إليهما وإن عتقا.

وَبِخِلافِ مَا لَمْ يَعْلَمِ السَّيِّدُ بِهِ حَتَّى عَتَقَ

هو معطوف على قوله: (**بِخِلافِ الْمُكَاتَبِ**) أي: وبخلاف ما لو أعتق العبد فلم يعلم سيده بعتقه حتى أعتقه، فإن الولاء للعبد؛ لأنه لما أعتقه سيده تبعه ماله فجاز عتقه وأن له الولاء، إلا أن يكون السيد استثنى ماله حين أعتقه فيرد عتق العبد ويكون العبد الأسفل رقاً، نقله ابن يونس وغيره، وعلى هذا فيقيد كلام المصنف بها إذا لم يستثن السيد مال العبد.

اللخمي: وقيل في هذا الأصل أنه يكون عتيقاً من يوم كان أعتق فيكون الولاء للسيد الأعلى.

وَلَوْ شَرَطَ [٧٥٣/ ب] نَفْيَ الْوَلاءِ أَوْ ثُبُوتَهُ لِغَيْرِ الْمُعْتِقِ أَلْغَى

وفي بعض النسخ: (لغا) أي: الشرط؛ أي: لأن الولاء لا يقبل النقل، لقوله صلى الله عيه وسلم: «**إنما الولاء لمن أعتق**». ولما في الصحيح من حديث ابن عمر رضي الله عنهما: **أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الولاء وعن هبته.**

وَيَسْتَرْسِلُ عَلَى أَوْلادِ مَنْ أَعْتَقَ مُطْلَقاً

أي: يسترسل الولاء على أولاد العبد المعتق وأولاد أولاده الذكور ما لم يكن ولد الولد قد مسه رق في بطن أمه؛ لأن القاعدة: أن الولاء لا حجر مع وجود عتق أو رق لغيره، وأن المباشر أولى، ومراده بالإطلاق: عدم ما استثناه في المسألة المعطوفة، فلا فرق هنا بين أن يكون للولد نسب من حرة أم لا، ويحتمل كون المعتِق بكسر التاء رجلاً أو امرأة، ثم الحر مقيد بما إذا لم يكن العبد في الأصل، ففي المدونة في الذمي يعتق عبيداً له نصارى ثم أسلموا، ثم هرب السيد ناقضاً للعهد فسبي ثم أسلم؛ رجع إليه ولاؤهم، ولا يرثهم لما فيهم من الرق ويكون ميراثهم للمسلمين، إلا أن يعتق، ولا يرثهم سيده

الذي استرقه ما دام هو في الرق، ولا يشبه هذا المكاتب الأسفل يؤدي قبل الأعلى ثم يموت على مال؛ هذا يرثه السيد الأعلى أنه أعتقه مكاتب هو في ملكه بعد، وهذا إذا أعتق مولى فهو حر قبل أن يملكه هذا السيد، فإن أعتق كان ولاؤهم لمولى يجره إلى معتقه الآن، وإنما يجر إليه ولاء ما يعتق أو يولد له من ذي قبل، فأما ما تقدم من عتق أو ولد فأسلموا قبل أن يوسر؛ فلا يجر ولاءهم إلى معتقه؛ لأن ولاءهم قد ثبت للمسلمين.

وفي الموازية: إذا أعتق النصراني عبيد النصارى ثم هرب السيد إلى دار الحرب ناقضاً للعهد ثم سبي فبيع وأعتق؛ أنه يجر إلى من أعتقه ولاء ما كان أعتق قبل لحوقه بدار الحرب، وهو خلاف مذهب المدونة، ورجح لأنه نص فيها على أن الحربية إذا قدمت بأمان فأسلمت وكان لها أولاد مسلمون ثم سبي أبوها بعد ذلك وعتق أنه يجر ولاؤها لمعتقه، وفرق بينهما بأن تسلط الرق على أبي الحربية أقوى فلذلك جر بالاتفاق على رقه، بخلاف الذمي الناقض للعهد، فإن أشهب يرى أنه لا يرق بذلك.

وَعَلَى أَوْلادِ مَنْ أَعْتَقَتْ وَلَيْسَ لهُمْ نَسَبٌ مِنْ حُرٌّ

يعني: أن من أعتق أمة فحملت بعد العتق؛ فإن ولاء ولدها لمعتق أمهم إذا لم يكن لهم نسب من حر، ويتبين لك ذلك بكلامه في الحربية، فإنه قال: ولا يكون ولاء ولد المرأة لمواليها إلا في أربعة مواضع: أن يكون أبوهم عبداً، أو يكونون من زنى، أو من أب لاعن فيهم ونفاهم عن نفسه، أو يكون الأب حربياً بدار الحرب.

وقال المصنف: (**وَلَيْسَ لهُمْ نَسَبٌ مِنْ حُرٌّ**) ولم يقل: وليس لهم أب حر؛ لأنه يلزم على العبارة الثانية أنه لو كان أبوهم عبداً وجدُّهم حراً؛ أن يكون الولاء لموالي الأم، وليس كذلك بل موالي جدهم أولى، وذلك يؤخذ من العبارة الأولى، وهي قولهم: (**وَلَيْسَ لهُمْ نَسَبٌ مِنْ حُرٌّ**) فلذلك عدل إليها.

مَا لَمْ يَكُنْ رِقٌّ أَوْ عِتْقٌ لآخَرَ

هذا شرط في استرسال الولاء على أولاد المعتق والمعتقة؛ أي: أنها يسترسل الولاء على أولادهما ما لم تكن أولادهما أرقاء أو معتقين لآخر، كمن زُوِّج أمة ثم أعتقها سيدها وولدت لأقل من ستة أشهر، فإن الأب لا يجر ولاء الولد؛ لأنه قد مسه في بطن أمه رق لآخر، وكذلك إذا أعتق رجل رجلاً فأعتق آخر ابنه، فإن الأب لا يجر ولاء ولده؛ لأنه قد مسه عتق لآخر.

وَعَلَى مَنْ أَعْتَقُوا

يسترسل أيضاً على عتيق عتيقه. وقوله: **(مَنْ أَعْتَقُوا)** جمع الضمير يتناول المعتَق والمعتقة وأولادهم.

وحُكْمُهُ كَالْعُصُوبَةِ، فَيُفِيدُ عِنْدَ عَدَمِهَا الْمِيرَاثَ، ووِلايَةَ النِّكَاحِ وحَمْلَ الْعَقْلِ

أي: لما في الحديث عنه عليه الصلاة والسلام: **«الولاء لحمة كلحمة النسب»**. وقصر المصنف فائدة الولاء على الإرث، والولاية في النكاح وحمل العقل ليس بظاهر، وقد نص المصنف على أن للمولى الأعلى الحضانة، وكذلك الأسفل على المشهور، وظاهر كل منهم أنه يفيد كل ما تفيده العصبة من الصلاة على الجنازة وغسل الميت، فلو قال المصنف: فيفيد عند عدمها حكمها لأجزأ.

ومُعْتِقُ الأَبِ أَوْلَى مِنْ مُعْتِقِ الأُمِّ وَالْجَدِّ

الولاية بمعنى التقدم، وفي الموطأ: **أن الزبير بن العوام رضي الله عنه اشترى عبدا فأعتقه. ولذلك بنون من امرأة، فلما أعتقه الزبير، قال: هم موالي أمهم بل هو موالينا، فاختصمه إلى عثمان بن عفان رضي الله عنه؛ فقضى للزبير بولائهم.**

وكان ينبغي للمصنف أن يعين أن معتق الجد أولى من معتق الأم، إلا أن يقال: إنه اكتفى عن ذلك بقوله: (**وَلَيْسَ لَهُمْ نَسَبٌ مِنْ حُرٍّ**).

فَلَوْ كَانَ الأَبُ رَقِيقاً فَعَتَقَ رَجَعَ عَنْهُمَا إِلَى مُعْتِقِهِ

أي: إذا كانت الأم معتقة والجد والأب رقيقين فالولاء لمعتق الأم، فإن أعتق الجد رجع الولاء لمعتقه، فإن أعتق الأب رجع إلى مواليه.

وَلَوْ لاعَنَ الزَّوْجُ؛ فَوَلاءُ الْوَلَدِ لِمُعْتِقِ الأُمِّ، فَلَوِ اسْتَلْحَقَهُ رَجَعَ إِلَى مُعْتِقِ أَبِيهِ

لأنه إذا لاعن انقطع نسبه من أبيه، فلذلك كان ولاء الولد لمعتق الأم، فإذا استلحقه عاد الولاء لمعتق الأب، لما تقدم أن معتق الأب أولى من معتق الأم.

وَلَوِ اخْتَلَفَ مُعْتِقُ الأَبِ وَمُعْتِقُ الأَمِّ فِي الْحَمْلِ وَلا [٧٥٤/ أ] **بَيِّنَةَ؛ فَالْقَوْلُ قَوْلُ مُعْتِقِ الأَبِ، إِلا أَنْ تَضَعَهُ لأَقَلَّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ يَوْمِ عِتْقِهَا...**

يعني: إذا ادعى معتق الأب أنها حملت به بعد العتق ليكون الولاء بالجر، وادعى معتق الأم أنها كانت حاملاً به يوم العتق ليكون الولاء له لأنه قد مس الولد رق في بطن أمه؛ فالقول قول معتق الأب، لأن الأصل عدم الحمل يوم العتق، إلا أن تضعه لأقل من ستة أشهر من يوم العتق فيكون ولاؤه لمعتق الأم؛ لأن عتقه قد باشره في بطن أمه، وأما إن ولدته لستة أشهر فأكثر؛ فإنه لمعتق الأب لما ذكرنا.

وقيد الشيخ أبو محمد ذلك بها إذا لم تكن ظاهرة الحمل؛ يعني: وأما الظاهرة فكما لو ولدته لأقل من ستة أشهر، وبنوا هنا على الستة على قاعدتهم، ولو بني الأمر على التسعة لكونها الغالب لكان حسناً.

اللخمي: واختلف هل يوقف الزوج عنها عندما تعتق حتى يعرف أنها حامل، أم لا؟ فقال في الموازية: لا يوقف عنها. وقال في المختصر: يكف عنها حتى يتبين هل فيها حمل أم لا؛

لمكان الولاء. وقال أيضا في التي لها ولد من غير زوجها فهلك هذا الولد، يوقف عنها الزوج لمكان الميراث.

اللخمي: وعلى القول الأول لا يوقف ويعمل على ما تبين من الأصل، وهو ظاهر ما في كتاب العتق الثاني. اللخمي: والوقف فيه أحسن.

وَإِذَا شَهِدَ وَاحِدٌ بِالْوَلاءِ لَمْ يَثْبُتْ، لَكِنْ يُسْتَأْنَى بِالْمَالِ وَيَحْلِفُ وَيُدْفَعُ إِلَيْهِ. وَقَالَ أَشْهَبُ: لا يُدْفَعُ...

أي: لم يثبت الولاء، واستؤني بالمال خوف أن يأتي له طالب، وخلاف ابن القاسم وأشهب مبني على القاعدة المختلف فيها بينهما؛ وهي الشهادة على ما ليس بمال إذا أدى إليه، كما لو أقامت بعد الموت شاهداً على الزوجية، واحتج أشهب بقول مالك في أخوين يقر أحدهما بأخ وينكر الأخ؛ لا يحلف ويثبت إرثه من جميع المال بل يعطيه ثلث ما في يده.

فرع:

سئل أبو بكر بن عبد الرحمن عن الذي أقام شاهداً أنه أعتق هذا الميت فحلف واستحق ماله -على قول ابن القاسم- ثم مات لهذا الميت مولى، فقال: الرواية إن أتى بشاهد آخر استوفى الحكم وحلف أنه مولى موليه وأخذ المال خاصة.

ابن يونس: وأن ينبغي أن الشاهد يشهد أن الثاني مولى للأول، ولو شهد شاهد بما شهد به الشاهد الأول فلفق إليه وتمت الشهادة ولا يحلف، قال: ورأيت في بعض التعاليق أن في كتاب ابن المواز لأصبغ إذا شهد له شاهد أنه وارث فلان الميت فحلف واستحق، ثم طرأ له مال آخر لا يستحقه إلا بيمين أخرى، فجعله يكرر اليمين مع الشاهد وانظر هذا، ابن الكاتب: وقال: لا يمين عليه، والمال الثاني كالأول، ولو حلف له فهو يستحق مال الميت.

وَلَوْ شَهِدَ شَاهِدَانِ أَنَّهُمَا لَمْ يَزَالا يَسْمَعَانِ أَنَّ فُلاناً ابْنُ عَمِّهِ أَوْ مَوْلاهُ؛ كَانَا كَشَاهِدٍ وَاحِدٍ. وَرَوَى أَشْهَبُ: يَثْبُتُ بِهِ الْوَلاءُ، وَلَكِنْ لا يُعْجَلُ وَلَعَلَّ غَيْرَهُ أَوْلَى

تصوره ظاهر (**كَانَا**) أي ما تشهد به من السماع كشهادة شاهد بالعتق، فيعطى له بعد الاستيناء بيمين ولا يجر بذلك الولاء؛ لاحتمال أن يكون الأصل واحداً والولاء لا يثبت بواحد، وهذا مذهب المدونة وبه أخذ أصبغ.

ابن المواز: ولا يعجبني، وأكثر قول مالك وابن القاسم وأشهب: أنه يقضى له بالسماع بالولاء والنسب، وكذلك في الأحباس والصدقات.

ابن القاسم: إن مات في غير بلده وشهد هناك على السماع، فإن الولاء لا يثبت، وإن مات ببلده وشهد فيه على السماع، فإن الولاء لا يثبت؛ لأنه إن كان ببلده فالغالب أن الأصل السماع.

بعض القرويين: ينبغي أن يكون تفسيراً لقول ابن القاسم هنا في المدونة: ولو شهد شاهد على السماع لم يحلف معه، فإن قيل: ما ذكره المصنف هنا معارض لما ذكره في الشهادة، والمشهور: جريها في النكاح والولاء والنسب؛ لأن قوله جريها يقتضي أن الولاء يثبت بها، وتشبيهه هنا بالشاهد يدل على أنه لا يثبت بها، ألا ترى أنه قد نص أنه لا يثبت الشاهد إلا أن يقال أنه لا يلزم من الجري الثبوت، بل يصدق وأخذ المال ويكون ما قدمه ليس هو المشهور؛ لقول ابن المواز: أكثر قول مالك وابن القاسم وأشهب أنه يقضى له بالسماع في الولاء والنسب، أو يقيد قوله جريها في النكاح والولاء بما إذا مات في غير بلده، كما أشار إليه بعض القرويين، أو يقال: قوله في الشهادات المشهور جريها في النسب، معناه إذا كان السماع فاشيا، وليس هو هنا كذلك؛ لأنه إنما هو عن الولاء أو ابن العم.

فرع: ولا خلاف في ثبوت الولاء بالشاهدين، وكذلك أيضا يثبت بالإقرار، ففي المدونة: ومن أقر أن فلانا أعتقه وفلاناً يصدقه؛ فإنه يستحق بذلك ولاءه وإن كذبه قومه،

إلا أن تقوم بينة بخلاف ذلك فيؤخذ بها، وكذلك إن أقر بذلك عند الموت؛ فإنه يصدق. واختلف إذا قال: فلان أعتقني، فكذبه فلان، فقال ابن القاسم: لا يثبت له الولاء إلا أن تقوم بينة.

اللخمي: وهو المعروف. وقال أصبغ في الواضحة: يكون مولاه وإن أنكره. ونقل سحنون إجماع العلماء على أن الإقرار بالولاء ثابت. وقال أيوب: لا يثبت الولاء [٧٥٤/ ب] بالإقرار إلا عند البصريين. وذكر ابن رشد أن في المذهب ما يدل على خلاف ذلك.

وَعَصَبَةُ الْمُعْتِقِ أَوْلَى مِنْ مُعْتِقِ الْمُعْتِقِ

لأن عصبة المعتق تدلي بالنسب، ومعتق المعتق بالولاء، والنسب مقدم على الولاء.

فَيُقَدَّرُ مَوْتُ الْمُعْتِقِ حِينَئِذٍ، فَمَنْ أَخَذَ مِيرَاثَهُ بِالْعُصُوبَةِ أَخَذَ مِيرَاثَ الْعَتِيقِ، فَلا شَيْءَ لِلأَبِ مَعَ الابْنِ وَلا لِلْبِنْتِ وَلَوْ مَعَ الابْنِ...

هذا بيان لما هو الأحق -العصبة- وضابط ذلك إن تقدر موت المعتق، وحذف المصنف ظرفاً تقديره: يوم موت المعتق، فمن كان أحق بميراثه بالعصوبة فالولاء له، فإذا ترك رجل أخا شقيقا وأخا لأب؛ فالولاء للشقيق، فإن مات الشقيق وترك ولداً ثم مات المولى؛ فميراثه للأخ لأب، لأنه لو قدر موت المعتق الآن لكان أولى من ابن الشقيق، فلذلك لا شيء للأب مع الابن فأحرى الجد، ويحتمل أن يريد المصنف بالأب الجنس فيتناول الجد وغيره، ولا شيء للبنت لأنها لا ترث بالعصوبة، وبالغ بقوله:(**وَلَوْ مَعَ الابْنِ**) لأنها لا ترث مع الابن بالعصوبة، فإذا كانت مع كونها ترث بالعصوبة ليس لها شيء من الولاء، فأحرى إذا لم يرث بها.

وَالأَخُ وَابْنُ الأَخِ أَوْلَى مِنَ الْجَدِّ فِي بَابِ الْوَلاءِ

عمم الأخ وابنه ليتناول الأخ للأب وابنه، وكان الأولى؛ لأن القاعدة: أن كل من شارك الميت في أدنى فهو أقرب. فالأخ وابنه يلتقيان مع الميت في أبيه، والجد إنما يلتقي معه في أب الجد، ولهذا قال ابن اللباد: الفارض العلم أولى من باب الجد. وقوله: في الأم يريد: في النكاح وما في معناه مما يستحق بالعصوبة، ولعل المصنف اعتمد على ما قدمه في باب النكاح.

وَلَوِ اجْتَمَعَ أَبُ الْمُعْتِقِ ومُعْتِقُ الأَبِ فَلا وَلاءَ لِمُعْتِقِ الأَبِ

إنما كان أبو المعتق أولى لأن العصوبة مقدمة، ولا يجر الأب الولاء إلا إذا لم يكن المعتق المباشر ولا عصبة. وفي بعض النسخ: (ولو اجتمع ابن المعتِق وابن المعتَق) وهي كالأولى، وهذه المسألة جزء من قوله:(**وَعَصَبَةُ الْمُعْتِقِ أَوْلَى مِنْ مُعْتِقِ الْمُعْتِقِ**) ولا يقال الكلام السابق أفاد الأولوية لأحد الجانبين على الآخر، وهذا أفاد بيانها لأحد الجانبين ونفاها عن الثاني كما قال ابن عبد السلام؛ لأن الأولوية في الأصل المَعْنِي وجوب التقدم فلا فرق.

وَلَوِ اجْتَمَعَ مُعْتِقُ أَبِ الْمُعْتِقِ وَمُعْتِقُ الْمُعْتِقِ كَانَ مُعْتِقُ الْمُعْتِقِ أَوْلَى

لأن معتق المعتق يدلي بنفسه، ومعتق أبيه يدلي بواسطة.

وَلا وَلاءَ لِلأُنْثَى أَصْلاً إِلا عَلَى مَنْ بَاشَرَتْ عِتْقَهُ، أَوْ عَلَى مَنْ جَرَّهُ وَلاؤُهُ لَهَا بِوِلادَةٍ أَوْ عِتْقٍ...

حكى سحنون على هذا الإجماع أنه لا ولاء للمرأة إلا على من باشرت عتقه، أو أعتقه من أعتقته، أو يكون ولداً لمن أعتقته وإن سفل من ولد الذكور خاصة، ولم يبين

المصنف هنا أنه لا يجر إلا أولاد الذكور؛ لأنه قال: أو على من جره ولاؤه لها، وقد بين أولاً أن المرأة إنما تجر ولاء أولادها إذا لم يكن لهم نسب من حر.

وَلَوِ اشْتَرَى ابْنٌ وَبِنْتٌ أَبَاهُمَا، ثُمَّ اشْتَرَى الأَبُ عَبْداً فَأَعْتَقَهُ فَمَاتَ الْعَبْدُ بَعْدَ الأَبِ وَرِثَهُ الابْنُ دُونَ الْبِنْتِ لأَنَّهُ عَصَبَةُ الْمُعْتِقِ...

أي: إذا اشترياه فقد عتق عليهما. إذا أعتق الأب عبداً ثم مات الأب؛ ورثه ابنه وابنته للذكر مثل حظ الأنثيين. ثم إذا مات المعتِقُ فالابن عاصب الأب بالنسب والبنت معتقة الأب، وقد تقدم أن العاصب المعتق أولى من معتق المعتق.

ولَوْ مَاتَ الابْنُ قَبْلَ الْعَبْدِ كَانَ لِلْبِنْتِ مِنَ الْعَبْدِ النِّصْفُ لأَنَّهَا مُعْتِقَةُ نِصْفِ الْمُعْتِقِ، والرُّبُعُ لأَنَّهَا مُعْتِقَةُ نِصفِ أَبِي مُعْتِقِ النِّصْفِ...

يعني: ولو مات الأب، ثم الابن بعده، ثم العبد؛ فلها نصف ميراث العبد المعتق لأنها معتقة نصف المعتق، ونصف النصف الباقي وهو الربع؛ لأن النصف الباقي لموالي أبيها، وموالي أبيها هو أخوها فله نصفه، فيصير لها ثلاثة أرباع المال.

ابن يونس: ويكون لموالي أخيها الربع إن كانت أمة معتقة، وإن كانت عربية فلبيت المال.

وَلَوْ مَاتَ الابْنُ ثُمَّ الأَبُ؛ كَانَ لِلْبِنْتِ النِّصْفُ بِالرَّحِمِ، والرُّبُعُ بِالْوَلاءِ، والثُّمُنُ بِمَا جَرَّ الْوَلاءُ...

يعني: لو مات الابن ثم الأب؛ كان للبنت سبعة أثمان المال، لأن لها النصف بالرحم، والربع بالولاء الذي لها في أبيها؛ لأنها أعتقت نصفها، ونصف الربع الباقي؛ لأن الربع الباقي لأخيها فيكون لموالي أبيه، وموالي ابنه هي أخته فلها نصف ذلك الربع، والنصف الباقي لموالي الأم إن كانت معتقة، أو لبيت المال إن كانت حرة.

التَّدْبِيرُ: وَهُوَ عِتْقٌ مُعَلَّقٌ عَلَى الْمَوْتِ عَلَى غَيْرِ الْوَصِيَّةِ

قال الجوهري: وهو عتق العبد عن دبر.

عياض: وهو مأخوذ من العتق بعد موت المعتق وإدبار الحياة عنه، ودبر كل شيء ما وراءه بسكون الباء وضمها. والجارحة بالضم لا غير، وأنكر بعضهم الضم في غيرها، ورسمه المصنف بالرسم المذكور، فقوله: (**عِتْقٌ مُعَلَّقٌ عَلَى الْمَوْتِ**) يشمل الوصية والتدبير.

وقوله: (**عَلَى غَيْرِ الْوَصِيَّةِ**) فصل أخرج به الوصية. وأورد عليه أنه غير مانع؛ لأنه يصدق على المعلق على موت أجنبي، وليس بتدبير بل هو عتق إلى أجل، وأجيب بأن قوله: (**عَلَى غَيْرِ الْوَصِيَّةِ**) قرينة تدل على أنه أراد [٧٥٥/ أ] التعليق على موت المعتق كي لا تكون الوصية معلقة إلا على موت الموصي، أو بأن (أل) في (**الْوَصِيَّةِ**) نائبة مناب الضمير؛ أي: على موته.

الصِّيغَةُ: نَحْوَ دَبَّرْتُكَ، وَأَنْتَ مُدَبَّرٌ، وَأَنْتَ حُرٌّ عَنْ دُبُرٍ مِنِّي

يعني: أن هذا الباب له ثلاثة أركان؛ صيغة، ومدبر، والصيغ التي ذكرها المصنف صريحة في التدبير، نعم قد يخرج عن هذه الصيغة إلى الوصية بالقرينة؛ كقوله: أنت حر عن دبر مني ما لم أغير ذلك أو أرجع عنه أو أفسخه، كما أن صريح الوصية إذا صحبه قرينة تدل على إرادة التدبير انتقل حكمه؛ كقوله: إذا مت فعبدي فلان حر لا يغير عن حاله أو لا مرجع له فيه، فهذا كله حكم التدبير، حكاه عياض. وحكى بعضهم في الوصية إذا التزم الموصي عدم الرجوع عنها هل يلزمه ذلك؟ قولان.

أَوْ بَعْدَ مَوْتِي وَشِبْهُهُ

هذا مذهب أشهب؛ لأن مذهب ابن القاسم قال في المدونة، قيل: ومن قال لعبده أنت حر يوم أموت. قال، قال مالك فيمن قال في صحته لعبده: أنت حر بعد موتي فأراد بيعه أنه يسأل، فإن أراد وجه الوصية صدق، وإن أراد التدبير صدق ومنع من بيعه.

ابن القاسم: وهي وصية أبداً حتى يتبين أنه أراد التدبير. وقال أشهب: إذا قال هذا في إحداث وصية لسفر؛ لما جاء «**إنه لا ينبغي لأحد أن يبيت ليلتين إلا ووصيته عنده مكتوبة**». فهو تدبير إذا قال ذلك في صحته.

ابن القاسم بعد الكلام المتقدم: وإن قال: إن كلمت فلانا فأنت حر بعد موتي فكلمه؛ لزمه عتقه بعد موته، كما لو حلف بالعتق ولم يقل بعد موتي فحنث؛ فإنه يلزمه. قال: فكذلك هذا يلزمه ويعتق من ثلثه وصار حنثه بالعتق بعد الموت شبيهاً بالتدبير، وفرق في قوله: أنت حر بعد موتي بين غير المعلق فجعله وصية، وبين المعلق فجعله تدبيراً.

أبو عمران: ولا خلاف إذا قال ذلك في مرضه وسفره إن كان وصية. قال في المدونة، وإن قال: أنت حر بعد موتي بيوم أو شهر أو أكثر؛ فهو من الثلث ويلحقه الدين. قالوا: وهذا وصية؛ لأن مخالفة التدبير بكونه ليس معلقاً على الموت قرينة في إرادة الوصية.

وَأَمَّا إِنْ مِتُّ مِنْ مَرَضِي هَذَا أَوْ مِنْ سَفَرِي هَذَا فَوَصِيَّةٌ لا تَدْبِيرٌ

لما ذكر أولاً قوله على الوصية أخذ يبين ما هو وصية، وإنما كان وصية لأن قوله هذا يقتضي أن له الرجوع إن لم يمت في ذلك المرض أو السفر، فكان ذلك قرينة صارفة عن التدبير؛ إذ التدبير لا رجوع فيه، وما ذكره المصنف هو قول ابن القاسم في العتبية، وله في الموازية أن ذلك تدبير، حكاه اللخمي وعياض وغيرهما.

عياض: واختلف إذا قيد تدبيره بشرط، فقوله: إن مت في مرضي، أو سفري، أو في هذا الباب، وإذا قدم فلان فأنت مدبر، هل هي وصية له الرجوع فيها، وهو قول ابن القاسم في سماع أصبغ، إلا أن يكون قصد التدبير، وله في الموازية وكتاب ابن سحنون: هو تدبير لازم، وقاله ابن كنانة.

وَأَنْتَ حُرٌّ قَبْلَ مَوْتِي بِسَنَةٍ إِنْ كَانَ السَّيِّدُ مَلِيئاً لَمْ يُوقَفْ، فَإِذَا مَاتَ فَإِنْ كَانَ صَحِيحاً وَقْتَ الأَجَلِ فَمِنْ رَأْسِ الْمَالِ، وَيَرْجِعُ بِكِرَاءِ خِدْمَتِهِ سَنَةً، فَإِنْ كَانَ مَرِيضاً فَمِنْ ثُلُثِهِ وَلا رُجُوعَ لَهُ بِخِدْمَتِهِ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَلِيءٍ وُقِفَ خَرَاجُهُ سَنَةً، ثُمَّ يُعْطَى السَّيِّدُ بَعْدَ كُلِّ شَهْرٍ بَعْدَهَا خَرَاجُ شَهْرٍ قَبْلَهَا ...

قوله: (**بِسَنَةٍ**) يريد أو شهراً، أو سنتين، أو نحو ذلك، فإن كان السيد مليئاً لم يوقف؛ أي: خراج خدمة العبد وترك لسيده يستخدمه، فإذا مات السيد فلا يخلو أن يكون قبل الموت بسنة مريضاً أو صحيحاً، فإن كان مريضاً فقد تبين أنه أعتقه في المرض فيخرج من ثلثه بغلة على تركة سيده؛ لأن كل من خرج من ثلثه فغلته لسيده، لأنها لا ينظر فيه إلا بعد الموت، وإن كان عند السنة صحيحاً فقد تبين أنه أعتقه في الصحة؛ فيعتق من رأس المال ويرجع بكراء خدمته في السنة؛ لأنه قد تبين أنه كان مالكها في نفس الأمر، ولهذا لا يضرهما استئذان السيد بعد السنة أو غيرها، وإن كان السيد حين التعليق معسرا وقف خراج العبد سنة، ثم يعطى السيد بعد كل شهر بعد السنة خراج شهر قبلها؛ أي: السنة المحفوظة للسنة المتقدمة، وهذا قول ابن القاسم في العتبية، والأقرب أنه يدفع كل يوم من السنة خراج يوم قبلها، وقاله ابن القاسم أيضا، ونقله سحنون عن بعض الأصحاب، ولم يفصل سحنون فيما حكاه بين أن يكون السيد معسراً أو موسراً، وحكى في البيان ثلاثة أقوال:

الأول: يعجل عتقه من الآن ولا ينتظر به موت سيده؛ لاحتمال أن يكون لم يبق بينه وبين موته إلا مثل الأجل الذي سمى أو أقل؛ فلا يسترقه بالشك وهو أحد قولي ابن القاسم.

الثاني: أن يكون يعتق بعد موته من الثلث، وله أن يطأ إن كانت أمة؛ لأنه عتق لا يكسبه إلا الموت، وهو قول أشهب.

الثالث: لا يعتق من رأس المال ولا من الثلث للشك، وهو لأشهب أيضا وهو أضعف الأقوال، **وأظهرها** قول ابن القاسم؛ يعني: ما ذكره المصنف.

وعورضت هذه المسألة بما إذا قال: أنت طالق قبل موتي بشهر؛ فإنه يعجل الطلاق، وقد يجاب بأن الطلاق أضيق؛ لأنه لا يقبل التأجيل والتبعيض، ألا ترى [٧٥٥/ ب] أنه لو قال: أحد من نسائي طالق؛ أنه يلزمه طلاق الجميع. المشهور: ولو قال أحد عبيدي حر اختار عتق واحد.

الْمُدَبِّرُ شَرْطُهُ: التَّمْيِيزُ لا الْبُلُوغُ؛ فَيَنْفُذُ مِنَ الْمُمَيِّزِ وَلا يَنْفُذُ مِنَ السَّفِيهِ

لما فرغ من الصيغة شرع في المدبِّر -بكسر الباء- وشرط فيه التمييز، فيخرج المجنون والصغير الذي لا يميز، والأقرب أن التدبير يلزم السكران كما يلزمه العتق على المشهور، وما ذكره من نفوذه من المميز هو مفهوم كلام ابن شاس.

ابن راشد وابن عبد السلام وغيرهما: وهو كذلك. ففي البيان: أما الصغير فلا خلاف أنه لا يجوز طلاقه ولا عتقه ولا شيء من أفعاله. وفي النوادر: أن تدبير من لم يبلغ الحلم لا يجوز بخلاف وصيته. والفرق بين التدبير والوصية: أن الوصية إنما تخرج بعد موته وله الرجوع، والتدبير ليس له الرجوع فيه.

وقوله: (**لا يَنْفُذُ مِنَ السَّفِيهِ**) يريد المولى عليه، وسواء كان ماله واسعاً أم لا. وقال ابن كنانة: إن لم يكن له غير العبد الذي دبر لم يجز تدبيره، وإن كان ماله واسعا لا يجحف العبد به -فإن ذلك له- جاز، وإن دبر عبداً من وَجْهِ رقيقه، أو لكثرتهم ثمناً، أو جارية مرتفعة هي جُلُّ ماله؛ فلا يجوز.

ابن رشد: وهو استحسان. **ابن عبد السلام:** ولا ينفذ من السفيه هو قول أشهب، وقال ابن القاسم: له أن يدبر في المرض، فإن صح بطل. وقال ابن كنانة: يجوز تدبيره ولا يقع إلا بعد موت، وإنما يمنع من ماله في حياته. انتهى. فانظر نقله مع نقل ابن رشد. أما السفيه غير المولى عليه؛ فالمشهور عن ابن القاسم أن أفعاله جائزة، والمشهور عن مالك أن أفعاله مردودة.

وَفِي نُفُوذِهِ مِنْ ذَاتِ الزَّوْجِ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهَا مَالٌ سِوَاهُ قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وَسَحْنُونٍ

احترز بذات الزوج من الأيم فإن تدبيرها ينفذ. وروى ابن القاسم نحو قوله عن مالك؛ لأن التدبير لم يخرجه من يدها ولها فيه الخدمة والتحمل، وبقول سحنون قال مطرف وابن الماجشون. وروى أيضا عن مالك قد ألزمته إلزاماً لا رجوع لها فيه فصار ذلك كالتفويت، وينبغي أن يقيد بها إذا أنقصه التدبير أكثر من ثلث مالها، والله أعلم.

وَإِذَا دَبَّرَ الْكَافِرُ عَبْدَهُ الْمُسْلِمَ صَحَّ، وَفِي مُؤَاجَرَتِهِ أَوْ تَنْجِيزِ عِتْقِهِ قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وَمُطَرِّفٍ...

احترز بـ(**الْمُسْلِمَ**) مما لو دبر عبده الكافر؛ فإنه لا يلزمه وله الرجوع فيه، نص عليه ابن القاسم. وقوله: (**الْمُسْلِمَ**) يشمل صورتين؛ **الأولى**: أن يسلم في ملكه ثم يدبره. **الثانية**: أن يشتريه مسلم ثم يدبره. وفي كل منهما ما ذكره المصنف، وما قاله ابن القاسم هو له في المدونة يؤاجر عليه ويحال بينه وبينه، وبقول مطرف قال ابن الماجشون، وهو ظاهر؛ لأنه يحتمل في استدامة ملك الكافر. وزاد اللخمي في الصورة الثانية قولا ثالثا: أن الشراء فيه منعقد وكأنه دبر عبد غيره.

ابن القاسم: وإن آجر مدبر النصراني إذا أسلم وقبض المستأجر أجرته فأتلفها، ثم مات قبل أن يخدم العبد شيئا، فإن رضي العبد أن يخدم مدة الإجارة رغبته في عتق جميع ثلثه؛ فذلك له، ثم يباع باقيه على ورثة سيده النصراني ولا كلام لمن استأجره، وإن أبى العبد أن يخدم في حصة ما أعتق، فإن رضي الذي استأجره أن يخدم ما رق منه لاستحقاق بعض ما استؤجر؛ بيع من جميعه بقدر الإجارة وعتق ثلث ما بقي وبيع على الورثة ما بقي بعد ذلك، وإن رضي المستأجر أن يخدم ما رق منه للورثة؛ فليبع من ثلثه بقدر ثلث الإجارة ويعتق ما بقي من ثلثه ويخدم المستأجر ثلثه حصة ما رق منه، وإذا تمت الإجارة بيع على الورثة ما رق لهم منه، إلا أن يسلموا قبل ذلك فيبقى لهم.

ابن الجلاب: وإن دبر الحربي عبده ثم أسلم العبد أوجر عليه من مسلم ودفعت له إجارته، فأما إن مات عتق من ثلثه، ويخرج فيها وجه آخر؛ وهو أن يباع عليه ويدفع إليه الثمن اعتباراً بأم الولد إذا أسلمت قبله.

وَيَرْتَفِعُ بِقَتْلِ سَيِّدِهِ عَمْداً، أَوْ بِاسْتِغْرَاقِ الدَّيْنِ لَهُ وَلِلتَّرِكَةِ

أي: يرتفع التدبير بقتل سيده عمداً، كما أن القاتل عمداً لا يرث؛ لأنهما لما استعجلا الشيء قبل أوانه عوقبا بحرمانه، واحترز بالعمد من الخطأ، فإنه يعتق في ماله لا ديته، ويرتفع أيضا باستغراق الدين له وللتركة؛ لأن الدين إنما يخرج من الثلث والدين مقدم، كما لو كان المدبر يساوي مائة والتركة مائتان وعليه ثلاثمائة.

وَيَرْتَفِعُ بَعْضُهُ بِمُجَاوَزَةِ الثُّلُثِ

ويبطل بعض المدبر بسبب مجاوزة ذلك البعض الثلث؛ لأنه إنما يخرج من الثلث، وفي الدارقطني عن ابن عمر -رضي الله عنه- أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «**المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث**». وضعفه أبو عمر، وقال: الصحيح أنه موقوف على ابن عمر.

وَلَوْ ضَاقَ الثُّلُثُ وَكَانَ لِلسَّيِّدِ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ عَلَى حَاضِرٍ مُوسِرٍ بِيعَ بِالنَّقْدِ، وَإِنْ كَانَ حَالاًّ عَلَى قَرِيبِ الْغَيْبَةِ اسْتُؤْنِيَ بِالْعِتْقِ قَبْضُهُ، وَإِلا بِيعَ لِلْغُرَمَاءِ، فَإِنْ حَضَرَ الْغَائِبُ أَوْ أَيْسَرَ الْمُعْدَمُ بَعْدَ بَيْعِهِ؛ فَفِيهَا: يَعْتِقُ مِنْهُ حَيْثُ كَانَ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: لِلْوَرَثَةِ الْفِدْيَةُ دُونَهُ...

أي: لو ضاق ثلث السيد عن خروج المدبر منه وكان للسيد دين مؤجل على حاضر مليء؛ بيع بالنقد ليخرج المدبر، فإن كان الدين يساوي مائة وترك السيد مائة والمدبر يساوي مائة أعتق، ولا يريد المصنف بيع بالنقد؛ أي: بالعين، بل المراد المعجل؛ [٧٥٦/ أ]

لأن الدين إذا كان عيناً إنما يباع بالعرض، وإن كان الدين حالاً على قريب الغيبة؛ فلا يباع واستؤني العِتْقُ قبضَ ذلك الدينِ ممن هو عليه ويعتق فيه المدبر، وقرب الحلول كالحال، هكذا أشار إليه صاحب البيان.

قوله: **(وَإِلا)** أي: وإن لم يكن على حاضر موسر، بل على غائب ولو كان مليًّا أو على معسر، ولو كان حاضراً بيع المدبر للغرماء، أو بيع منه ما جاوز الثلث، وإن حضر الغائب بعد بيعه أو أيسر المعدم؛ فقولان أوجههما في المدونة، هكذا ذكر المصنف، وإنما ظاهرهما على ما قاله اللخمي -نعم هو مذهب عيسى وأصبغ-: يعتق منه حيث كان، سواء كان في يد وارث أو مشتر.

الشيخ أبو محمد: وهذا هو المعروف عن مالك وأصحابه، والثاني لابن القاسم في العتبية، والنفس إليه أميل، وليس كمالٍ طرأ للورثة ولم يتقدم علمهم به؛ لأن هذا قد علموا به، وأبطل الشرع حق المدبر منه، ثم إن ابن القاسم إنما أبطل حق المدبر في هذا القول إذا أخرج عن يد الورثة ببيع، أو هبة، أو صدقة، أو وجه من الوجوه. قال: وأما إن كان بيد الورثة؛ فإنه يعتق في ثلثه ما اقتضى، وعلى هذا فالاتفاق على أنه يعتق منه إن كان المدبر بيد الورثة، وإنما اختلف إذا لم يكن بأيديهم، وهكذا أشار إليه اللخمي.

وَلا يَجُوزُ بَيْعُ الْمُدَبَّرِ، وَلا هِبَتُهُ، وَلا الرُّجُوعُ عَنْهُ، وَلا إِخْرَاجُهُ عَنْ مِلْكِهِ إِلا بِالْحُرِّيَّةِ

منع بيعه هو المشهور، ونقل في الموطأ: أنه الأمر المجمع عليه عندهم.

ابن عبد البر: كان بعض أصحابنا يفتي ببيعه إذا تخلق على مولاه وأحدث إحداثا قبيحا، وذهب الشافعي وجماعة إلى جواز بيعه؛ لما في الصحيحين: **بلغ النبي صلى الله عليه وسلم أن رجلا من أصحابه أعتق غلاماً عن دبر لم يكن له مال غيره، فباعه بثمانمائة درهم ثم أرسل ثمنه إليه**. والجواب أنه قد روى النسائي في بعض طرقه أن الرجل كان عليه دين،

ونحن نقول بموجبه، وأيضا فقد ذكر عبد الحق عن أبي مريم عن عبد الغفار ابن القاسم الكوفي الأنصاري: أنه روى عن أبي جعد عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه في قصة هذا المدبر، قال: إنما أذن ببيع خدمته. ويشهد للثاني ما رواه مالك: **أن عائشة رضي الله عنها باعت جارية لها سحرتها**. أرادت بذلك تعجيل العتق بقتلها.

مالك وسحنون: وكانت مدبرة، وإذا فرعنا على المذهب، فلو بيع المدبر فسخ بيعه ما لم يتصل به عتق، واختلف حينئذ قول مالك، فقال مرة: بإمضاء البيع ويجوز وولاؤه للمشتري، وقال مرة: يفسخ لأن الأول لما دبره فقد انعقد ولاؤه له، فلو أمضاه للمشتري لزم نقل الولاء، والأول أشهر والثاني أقيس، وعلى الأشهر فقال مالك: لا شيء على البائع والثمن سيغ له حلال، وقاله ابن القاسم، وقال ابن كنانة: يؤمر أن يتضح من ثمنه، وقال ابن القاسم: إذا باع مدبره وجعل أمره وما صار إليه فليجعل ثمنه كله في مدبر، وجمع بعض الشيوخ مسألة: إذا مات هذا المدبر عند مشتريه أو أعتقه، وذكر أربعة أقوال:

الأول: أنه لا يجب عليه أن يتنجز من ثمنه في الوجهين، **والثاني**: مقابله. **والثالث**: يجب عليه أن يتنجز بما زاد على قيمته على الرجاء والخوف فيها. **الرابع**: الفرق فيجب عليه التنجز من الزيادة في الموت دون العتق.

وَلَوْ جَنَى لَمْ يُبَعْ، فَفِيهَا: وَإِنْ شَاءَ السَّيِّدُ أَسْلَمَ خِدْمَتَهُ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ أَرْشَهَا أَوْ فِدَاهُ، فَإِنْ أَسْلَمَهُ فَمَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ اسْتِيفَائِهِمْ فَإِنْ عَتَقَ فَفِي اتِّبَاعِهِمْ ذِمَّتَهُ قَوْلانِ، فَإِنْ رُقَّ بَعْضُهُ تَعَلَّقَ بِهِ حِصَّتُهُ مِمَّا بَقِيَ وَخُيِّرَ الْوَرَثَةُ بَيْنَ إِسْلامِ الْبَعْضِ وَافْتِكَاكِهِ...

إذا جنى المدبر جناية لم يبع في تلك الجناية. وقوله: (**حَتَّى يَسْتَوْفِيَ أَرْشَهَا**) يعني: أن المجني عليه لا يملك جميع الخدمة، بل إنما له من الخدمة بمقدار أرش جنايته، وهذا هو المشهور، وقيل: إنه يملك الجميع، وعلى المشهور فللسيد أن يقاص أهل الجناية بما أخذوا من الجناية ويدفع لهم بقية الأرش وقاله التونسي، وهذا التخيير الذي ذكره المصنف مقيد

بما إذا لم يكن للمدبر مال، فإن كان له مال لم يكن للسيد إسلامه من مجني عليه بخدمته، بل يدفع أرش الجناية من ماله، نص عليه في المدونة وغيرها، وإن أسلمه السيد فمات السيد قبل أن يستوفي ذو الجناية أرشها، فإن حمله الثلث نفذ عتقه، ثم في اتباع ذي الجناية للمدبر قولان. مذهب المدونة: أنه يتبع. والقول بأنه لا يتبع حكاه ابن الجلاب. وسبب الخلاف: هل تدفع الخدمة للمجني عليه على سبيل التقاضي أو على سبيل المعاوضة والتمليك، فعلى الأول يرجع إلى السيد إذا استوفى المجني عليه أرش الجناية ويتبع المدبر إذا مات السيد قبل استيفاء الجناية، وعلى الثاني العكس فيهما؛ بناء على أن الجناية إنما تعلقت بالخدمة والخدمة سقطت بالعتق أو تعلقت برقبته، ولما منع الشرع من بيعه لأجل التدبير وزوال التدبير بقيت الجناية متعلقة برقبتها، وأما تعذر بيعها لأجل الحرية؛ تعلقت بالذمة، وإن لم يحمل الثلث رقبته؛ عتق منه محمل الثلث حتى لو لم يترك السيد غيره عتق ثلثه ورق ثلثاه وكان ثلثاه بقي من رأس الجناية متعلقاً بما رق من الرقبة، ويختلف في اتباع ثلث الحر، وهذا قول المصنف: **(تَعَلَّقَ بِهِ حِصَّتُهُ مِمَّا بَقِيَ)** يعني: من أرش الجناية، وهكذا الفقهاء السبعة [٧٥٦/ ب]: أن الورثة مخيرون في إسلام ما بقي.

محمد: وإنما يخير الورثة في الباقي، وقد كان السيد أسلمه؛ لأنه إنما أسلم خدمته فيما صار بعضه رقاً خيروا لأنه غير ما أسلمه السيد.

وَلَوْ جَرَحَ الْمُدَبَّرُ ثَانِياً بَعْدَ إِسْلامِهِ تَحَاصَّا بِبَقِيَّةِ الأُولَى وجُمْلَةِ الثَّانِيَةِ بِخِلافِ الْقِنِّ يَجْرَحُ فَيُخَيَّرُ الأَوَّلُ بَيْنَ إِسْلامِهِ وَافْتِكَاكِهِ...

يعني: جرح المدبر واحدا وأسلم إليه ثم جرح ثانياً؛ ففي المدونة: يتحاص هو والأول في خدمة الثاني لجميع أرش جرحه، والأول بما بقي له إن كان استخدمه شيئا، بخلاف العبد القن؛ فإنه إذا أسلم ملك للمسلم إليه، فإذا جرح ثانياً كان المجروح أولاً من سيده فيخير بين أن يسلمه أو يفديه، والتخريج لابن الجلاب وهو مبني على القول أنه

يدفع الخدمة تمليكاً، والقن في اللغة أخص منه عند الفقهاء العبد الذي لا شائبة فيه من شوائب الحرية. وقال في المحكم: القن هو الذي ملك أبوه وكذلك الاثنان، والجمع هذا الأعرف، وحكى جمعه أقنان وأقن، والأقناء قن بغير هاء، وقال اللحياني: العبد القن الذي ولد عندك ولا يستطيع أن يخرج عنك.

تنبيه: لم يتكلم المصنف على الركن الثالث وهو المدبَّر بفتح الباء؛ لدلالة كلامه عليه، وهو كل من فيه شائبة رق من عبد أو أمة، صغيراً وكبيراً وجميلاً.

وَوَلَدُ الْمُدَبَّرِ مِنْ أَمَتِهِ بَعْدَ التَّدْبِيرِ بِمَنْزِلَتِهِ

احترز بـ(**أَمَتِهِ**) من زوجته؛ لأن الزوجة إذا كانت حرة فالولد حر، وإن كانت أمة فهو رقيق لسيدها. واحترز بـ(**بَعْدَ التَّدْبِيرِ**) مما لو حملت به قبله؛ فإنه لا يكون مدبراً ولو ولد بعده، فإذا ولدته لستة أشهر فأكثر من يوم التدبير كان مدبراً مع أبيه، ويحمل على أنها حملت به بعد التدبير، وإن ولدته لأقل كان رقاً لسيده ولم يكن مدبراً مع أبيه.

ابن حبيب: وإن أحدث السيد ديناً؛ فلا يباع الولد وهو صغير ويوقف إلى حد التفرقة فيباع، وكذلك لو كان الصغير هو المدبر دونها، وإذا كان ولد المدبر بمنزلة أبيه، فهل يحاص أباه عند ضيق الثلث على المشهور في المدبرين في كلمة واحدة خلافا لابن نافع الذي يقول: منهم محمل الثلث بالقرعة، أو يكون الأب مقدماً في الثلث؛ لأنه تقدم تدبيره على تدبير ولده؛ كالمدبر من أحدهما بعد الآخر، والثاني هو الظاهر، والأول هو المنقول في المدونة وغيرها.

وَوَلَدُ الْمُدَبَّرَةِ كَذَلِكَ

أي: ما ولد للمدبرة من زوجها بمنزلتها؛ يعتق بعتقها، أما لو أعتقها السيد في حياته لم يعتق إلا بموت سيدهم.

وَالْحَمْلُ عِنْدَ التَّدْبِيرِ كَذَلِكَ وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ

أي: إذا دبرها وهي حامل، فإن الولد يتبعها ولا يشترط في حملها أن يكون كائناً بعد التدبير كما اشترط في حمل المدبر من أمته؛ لأن ما في بطن المدبرة عضو من أعضائها ولا يصح استثناؤه، أو لأن أمة المدبر ليس فيها عقد تدبير وإنما عقد التدبير في سيدها، بخلاف المدبرة فيما إذا صادف الولد التدبير وهو في بطنها فقد شمله ذلك.

وَفِي صَيْرُورَةِ أَمَةِ مُدَبَّرٍ تَحْمِلُ بَعْدَ التَّدْبِيرِ، ثُمَّ يَعْتِقُ أُمَّ وَلَدٍ قَوْلانِ

يعني: أن أمة المدبر إذا حملت بعد عقد التدبير ثم يعتق سيدها بموت سيده وخروجه من الثلث، فهل تكون بذلك الحمل أمَّ ولد؟ ففي ذلك قولان وهما لمالك في كتاب أمهات الأولاد من المدونة؛ ففيها، قال ابن القاسم: وكل ما ولد لمدبر أو مكاتب من أمته فما حملت به بعد عقد التدبير أو الكتابة فهو بمنزلته يعتق مع المكاتب بالأداء ومع المدبر في الثلث، وإذا أعتقا كانت الأمة أم ولد بذلك لهما؛ كان الولد حياً أو ميتاً، وقاله مالك. وقال ابن القاسم: لأن ولدها بمنزلة أبيه فوجب أن يجري فيها ما جرى في ولدها.

سحنون: ولمالك قول أنها لا تكون أم ولد بذلك، وقاله الرواة في المدبر خاصة أن لسيدها انتزاعها إن لم تكن حاملاً، وأن المدبر لا يتبعها إلا بإذن السيد، قالوا: وأما المكاتب فهي له أم ولد إذا أعتق إذا كان السيد ممنوعاً من ماله، وليس للمكاتب بيعها وإن أذن له سيده حتى يخاف العجز، والقياس كما قاله ابن المواز: أنها لا تكون به أم ولد، وهو قول أشهب وعبد الملك. واستحسن ابن أن تكون به أم ولد.

وَلِلسَّيِّدِ انْتِزَاعُ مَالِهِ مَا لَمْ يَحْضُرْهُ الْوَفَاةُ أَوْ يُفْلِسْ

في كلامه نظر؛ لأن أهل المذهب نصوا على أن السيد إذا مرض مرضاً مخوفاً لا يجوز له الانتزاع، فإذاً مراده بقوله (**مَا لَمْ يَحْضُرْهُ الْوَفَاةُ**) ما لم يمرض مرضاً مخوفاً؛ لأنه

حينئذ إنما ينزع لغيره وهذا هو المشهور، وقيل: له أن ينتزع، وفي بعض النسخ أو يفلس، وقد يحمل قوله: (**أَوْ يُفْلِسْ**) على المريض؛ أي: ما لم يفلس المريض. قال في المدونة: وإن أفلس المريض لم يكن له أن يأخذ مال مدبره للغرماء.

وَلَيْسَ لِلْغُرَمَاءِ أَخْذُ مَالِهِ

أي: لو أفلس السيد لم يكن للغرماء أخذ مال المدبر ولا لهم أن يجبروا السيد على انتزاعه؛ لأنهم لم يعاملوه على ذلك، كما لا يجبرونه على قبول الهبة ولا على السلف، وخرج قول بأن يكون لهم جبره على الانتزاع مما قيل في المذهب فيمن حبس عليه حبس؛ يعني: وشرط عليه المحبس أن يبيع إذا احتاج إلى البيع أن لهم إجباره عليه.

وَيُقَوَّمُ بَعْدَ وَفَاةِ سَيِّدِهِ بِمَالِهِ. قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: فَإِنْ حَمَلَهُ الثُّلُثُ عَتَقَ، وَإِلا أُعْتِقَ بَعْضُهُ، وَأُقِرَّ مَالُهُ بِيَدِهِ. وَقَالَ ابْنُ وَهْبٍ: أَمَّا إِذَا ضَاقَ الثُّلُثُ عَنِ الْمُدَبَّرِ بِمَالِهِ ضُمَّ مَالُهُ مَعَ التَّرِكَةِ، فَإِذَا عَتَقَ أُعْطِيَ بَقِيَّةَ [٧٥٧/أ] الثُّلُثِ ...

قوله: (**بِمَالِهِ**) مثاله: قيمته بماله مائتان والتركة أربعمائة (**وَإِلا**) أي: وإن لم يحمله الثلث عتق ما يحمله الثلث، كما لو كانت المسألة بحالها والتركة مائة فقط؛ فيعتق منه نصفه فقط ويقر بيده نصف ماله وهو خمسون. وقول ابن القاسم منقول عن مالك، وعلى قول ابن وهب: يعتق كله؛ لأنه إذا ضممت المائة التي بيده إلى المائة التي للميت خرج جميعه منه. وقوله: (**أُعْطِيَ بَقِيَّةَ الثُّلُثِ**) يريد: إن بقي شيء من الثلث.

ابن وهب: فإذا كانت قيمة المدبر مائة دينار وله ثمانمائة دينار؛ كان له من ماله مائتا درهم. قال: وكذلك يفعل بالذي أوصى بعتقه وللعبد مال، ورواه ابن وهب عن الليث وربيعة ويحيى بن سعيد.

اللخمي: وعلى قول ابن القاسم يعتق ثلثه هنا ويقر المال بيده. وقال في الموازية: وإن دبر عبده في صحته واستثنى ماله فذلك جائز.

ابن القاسم: ويستثنى ماله بعد الموت ويقوم في ثلث سيده بغير ماله، ويأخذ ما في يديه فيحسب من مال سيده، بمنزلة من قال: إذا مت فعبدي حرٌّ أو مدبَّرٌ وخذوا ماله.

* * *

الْكِتَابَةُ: وَهِيَ غَيْرُ وَاجِبَةٍ عَلَى السَّيِّدِ، فَلا يُجْبَرُ الْعَبْدُ أَيْضاً عَلَى الأَصَحِّ

الكتابة: عتقُ الرجلِ عبدَهُ على مال يؤديه منجماً، وسميت كتابة -مصدر كتب- لأنه يكتب على نفسه لمولاه ثمنه ويكتب له مولاه العتق، ويحتمل أن يكون من الإيجاب واللزوم؛ لالتزام العبد والسيد، وما ذكرناه، قال الله تعالى: ﴿ كَتَبَ رَبُّكُمْ عَلَىٰ نَفْسِهِ ٱلرَّحْمَةَ ﴾ [الأنعام:٥٤] ويقال فيها: كتابة، ومكاتبة، وكتاباً، قال الله العظيم: ﴿ وَٱلَّذِينَ يَبْتَغُونَ ٱلْكِتَٰبَ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا ﴾ [النور:٣٣] وخص العبد باسم المفعول؛ لأن الأصل الكتابة من السيد، وهو الذي يكاتب عبده. ونبه بقوله: (**غَيْرُ وَاجِبَةٍ**) على قول الظاهرية لإيجابها للأمر؛ لقوله تعالى: ﴿ فَكَاتِبُوهُم ﴾ .

وروى الجمعي أن الكتابة دائرة بين العبد نفسه وعتقه، وكل منهما غير واجب، واختلف هل هي مستحبة وهو مذهب المدونة، وحكاه ابن القصار عن مالك، وقاله ابن شعبان، أو مباحة وهو الذي حكاه ابن الجلاب عن مالك، وبه قال القاضي إسماعيل والقاضي عبد الوهاب؟ واختلف في الخير المذكور في الآية هل هو المال، أو القدرة على الكسب، أو الصلاح، أو الدين والمال، أو الأمانة إلى غير ذلك من الأقاويل. والمنقول عن مالك في الموازية: أنه القوة على الأداء.

قوله: (**فَلا يُجْبَرُ**) هو المشهور، وهو قول ابن القاسم وأشهب وعبد الملك، ومقابله روي عن مالك وأصبغ. واختار اللخمي الإجبار إذا رضي السيد بمثل خراجه وأزيد يسيراً والأقل، لأنها منفعة للعبد خالية عن مضرة.

أَرْكَانُهَا: الصِّيغَةُ، مِثْلَ: كَاتَبْتُكَ عَلَى كَذَا فِي نَجْمٍ أَوْ نَجْمَيْنِ فَصَاعِداً

يعني: أركان الكتابة أربعة؛ الصيغة، والعوض، والسيد، والعبد المكاتب. وتكلم عليها أولاً فأولا. وقوله: (**مِثْلَ كَاتَبْتُكَ**) يعني: وأنت مكاتب أو معتق على نجم أو نجمين. وظاهر كلامه اشتراط التنجيم.

عياض وغيره: وهو ظاهر المدونة؛ لقوله فيها: وإن كاتبته على ألف درهم ولم يضرب له أجلاً نجمت عليه -وإن كره السيد- على قدر ما يرى من كتابة مثله وقدر قوته، ولا تكون له حالَّة. والكتابة عند الناس منجمة، وكذلك قال ابن القصار والأستاذ أبو بكر الطرطوشي: إن ظاهر قول مالك لابد من تنجيمها. عياض: وكذلك ظاهر كلام أبي محمد في رسالته: إن التنجيم من شرطها. وحكى عبد الوهاب عن متأخري شيوخنا أنها تكون حالة، وهو الذي ارتضاه هو وغيره من أئمتنا.

وقد يحمل قوله: والكتابة عند الناس منجمة على أنه الغالب والعرف، فكذلك حكم به في الهبة. انتهى. وأشار في المقدمات إلى أن الصحيح في المذهب جوازها حالة.

وظاهر قول المصنف: (**فِي نَجْمٍ أَوْ نَجْمَيْنِ**) أنه لا فرق بين ما قل من النجوم أو كثر، وهكذا ذكر ابن شعبان. قال: ومن أصحابنا من يختار جعلها في نجم أو نجمين.

وَلَوْ قَالَ: أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَلْفٍ عَتَقَ فِي الْحَالِ وَالأَلْفُ فِي ذِمَّتِهِ

ذكر هذه هنا وإن لم تكن من الكتابة؛ لبيان لفظ الكتابة، إذ لو قال: كاتبتك بألف لنجمت. وقوله: (**عَتَقَ**) يريد إذا قبل العبد، وهذا الكلام راجع إلى قوله: أنت حر على أن عليك كذا. وعلى هذه الصورة حمل كلام المصنف، وقد ذكروا هنا صيغاً؛ **الأولى**: أنت حر على أن عليك ألفاً، أو على أن تدفع إلي ألفاً، أو على أن تؤدي إلي، أو إن أديت إلي، أو إن أعطيتني، أو جئتني، أو إذا أوتي.

واختلف في المسألة الأولى، وهي: أنت حر على أن عليك ألفاً على أربعة أقوال: **الأول** لمالك: بإلزامه العتق وإلزام العبد المال، سواء قال: أنت حر الساعة، أو لم يقل، وهو الذي اقتصر عليه المصنف. **والثاني** لابن القاسم: يخير العبد، فإن رضي كان حُرًّا، وإن كره كان رقيقاً. **الثالث** لابن القاسم أيضاً على رأي بعضهم: أنه يخير بين القبول ولا يعتق إلا

بأداء، أو رد ويبقى رقيقاً. **الرابع** لأصبغ: لا خيار للعبد ولا عتق حتى يدفع المال. وأما المسألة الثانية، وهي قوله: [٧٥٧/ ب] أنت حر وعليك ألف. ففيها ثلاثة أقوال؛ **الأول** لمالك وأشهب: أنه حر إلا أن عليه ألفاً معجلة إن كان موسراً، أو إلى اليسار إن كان معسراً. **والثاني** مشهور قول ابن القاسم وقول ابن وهب: هو حر ولا شيء عليه من المال. والثالث لابن الماجشون وابن نافع: يخير العبد، فإن رضي كان حرًّا وأتبع بالمال، وإن كره كان رقيقاً كقول ابن القاسم في التي قبلها.

وأما المسألة الثالثة، وهي قوله: أنت حر على أن تدفع إلي، فحكى اللخمي الاتفاق على أن العبد بالخيار بين القبول، أو الرد فيكون رقيقاً، وأنه لم يعتق إلا بعد دفع المال، وحكى عياض وغيره ثلاثة أقوال: الأول من الثاني لابن القاسم في العتبية تخيير العبد في الرضا كالعتق معجلاً ويلزمه المال، أو يرد فيبقى رقيقاً.

الثالث تخريج صاحب المقدمات: أن العبد يكون حرًّا إذا دفع المال، وأن للسيد إجباره على أخذ المال. وأما المسألة الرابعة، وهي: أنت حر على أن تؤدي إلي. فالاتفاق على أن العبد لا يعتق إلا بالأداء. قوله: أن يرد ولا يقبل هكذا حكى غير واحد. قال في المقدمات: وقد فرق ابن القاسم بين قوله: أنت حر على أن عليك كذا، وبين على أن تدفع كذا، وللتفرقة بينهما وجه؛ وهو أنه إذا قال: على أن تدفع فوض الدفع إليه، وإذا قال: على أن عليك، فقد ألزمه ذلك ولم يكله إليه، وقد قيل: إن هذين اللفظين سواء، بخلاف قوله: على أن تؤدي إلي كذا وكذا. والصواب: ألا فرق بين أن يقول: على أن تدفع أو تؤدي.

عياض: وقول ابن رشد هو الصحيح للعبد؛ لقوله تدفع وتؤدي. وأما المسألة الخامسة؛ وهي: إن أديت إلي أو أعطيتني أو متى وشبه ذلك؛ فلا يلزم العتق إلا برضا العبد ودفع المال، كقوله: على أن تؤدي أو تدفع، ويدخله من تخريج الإجبار على الأداء ما تقدم، والله أعلم.

وَيَجُوزُ عَلَى مَا جَازَ صَدَاقاً، وَتُكْرَهُ عَلَى آبِقٍ أَوْ شَارِدٍ أَوْ جَنِينٍ أَوْ دَيْنٍ عَلَى غَائِبٍ لا تُعْلَمُ حَيَاتُهُ، وَلا يُعْتَقُ حَتَّى يَقْبِضَ السَّيِّدُ مَا شَرَطَ...

هذا هو الركن الثاني، وذكر أنه يجوز فيه ما جاز في الصداق من الوصف، كعبد وشورة، ثم ذكر أن هذا الباب أوسع من باب الصداق، فلهذا يجوز هنا الآبق والشارد والجنين، وما ذكره المصنف من الكراهة هو مذهب أشهب على ما نقله اللخمي، والذي نقله ابن يونس عن ابن القاسم جواز الكتابة بالغرر، ولهذا قال في المدونة: ولو كاتبه على عبد فلان جاز، بخلاف النكاح.

سحنون ومحمد: فإن لم يصل إليه فعليه قيمته. وقال ابن ميسر: لا يعتق إلا به. ولم يجزه أشهب، وقال: تفسخ الكتابة، إلا أن يشتريه قبل الفسخ، والتحقيق أن ابن القاسم لا يجوز الغرر مطلقاً، ففي المدونة: وإن كاتبه على لؤلؤ غير موصوف لم يجز، لتفاوت الإحاطة بصفته. وفي الموازية عن غير ابن القاسم جواز ذلك وله الوسط، ثم إن ما ذكره المصنف من الجواز في الآبق والشارد مقيد بأن يكون ذلك في ملك العبد، وأما إن كان في غيره فلا يجوز اتفاقاً، نقله في المقدمات. وقوله: (**وَلا يُعْتَقُ حَتَّى يَقْبِضَ السَّيِّدُ مَا شَرَطَ**) شرط ظاهر.

وَإِذَا لَمْ يَصِحَّ تَمَلُّكُهُ كَالْخَمْرِ رَجَعَ بِالْقِيمَةِ، وَلا تَفْسُدُ لِفَسَادِ الْعِوَضِ

يعني: إذا كاتبه على عوض لا يصح تملكه كالخمر، فإن الكتابة تمضي، وظاهره سواء فات ذلك بالأداء أم لا، وقد صرح **ابن عبد السلام** بذلك فقال: وعقد الكتابة هنا فوت، كما لو اشترى العبد شراء فاسداً وكاتبه مشتريه؛ فإنه يحكم بقيمته، ولا يبعد تخريج قول بالفسخ قبل الأداء.

وفي العتبية عن سحنون: في النصراني يكاتب نصرانياً بمائة قسط من خمر، فأسلم المكاتب بعدما أدى النصف، على المكاتب نصف قيمته عبداً قناً وعليه نصف كتابة مثله.

قال في البيان: وليس على التخيير بل هما قولان. قال مرة: يكون عليه نصف كتابة مثله وهو قول ابن الماجشون. ومرة قال: عليه قيمة رقبته. والأول أظهر.

وأجمل المصنف في قوله: (**رَجَعَ بِالْقِيمَةِ**) تبعاً لابن شاس، إذ يحتمل بقيمة الحر لو جاز بيعه، لكن النقل يدفع هذا؛ لأنه إذا لم يقل به في مسألة النصراني فأولى إذا كان أولاً مسلماً، ويحتمل بقيمة العبد، وهو أحد القولين في مسألة النصراني، والله أعلم.

وَلَوِ اشْتَرَطَ فِي الْكِتَابَةِ أَنْ يَشْتَرِيَ مِنْهُ شَيْئاً مَضَتْ وَلَمْ يَلْزَمْهُ الشِّرَاءُ

يحتمل لو شرط السيد في الكتابة على المكاتب، ويحتمل لو شرط المكاتب على السيد أن يشتري منه، وعلى الثاني اقتصر **ابن عبد السلام**. وقوله: (**مَضَتْ**) أي: الكتابة وبطل الشراء، وينبغي ألا يبطل؛ لأنه تعلق به حق لمشترطه، ولو تمما الكتابة على ما شرطناه من شراء من المكاتب أو بيع؛ مضت ولا كراهة.

وفي الجلاب: لا بأس أن يشترط على مكاتبه سفراً أو خدمة مع كتابته، فإن أدى الكتابة معجلة؛ سقط عنه السفر والخدمة. وقد قيل: لا يسقط ذلك عنه، وهو لازم لا يعتق إلا بإذنه. وقد قيل: له أن يعطي قيمة ذلك مع كتابته ويتعجل عتقه ولا ينتظر به ما اشترط عليه من السفر أو الخدمة.

المتيطي: والأول [٧٥٨/ أ] المشهور المعمول به. وقيده في النكت بالخدمة اليسيرة؛ لأنها في عين البيع، وأما إن كان معظم الكتابة خدمة وأقلها مالاً؛ فلا يستقيم أن توضع الخدمة عنه. رأى ابن يونس ألا يأتي على ما احتج به ابن المواز؛ لأنه جعله كمن أعتق بعض عبد، فينبغي أن يعجل العتق، ولو كانت الكتابة عشر قيمة الخدمة، والله أعلم.

وَالتَّأْجِيلُ فِيهِ حَقٌّ لِلْعَبْدِ، فَإِنْ لَمْ يَذْكُرْ أَجَلاً نُجِّمَتْ بِقَدْرِ سِعَايَتِهِ، وَقِيلَ: تجُوزُ حَالاً...

يعني: إذا جعل في الكتابة أجل فذلك من حق العبد، كديون النقد المؤجلة، أجل فيهما من حق المدين، فلذلك لو عجل المكاتب ما عليه من عين أو عرض لزم السيد.

قوله: (**فَإِنْ لَمْ يَذْكُرْ أَجَلاً... إلخ**). وقد تقدم ما في المدونة، وهو وإن كاتبه على ألف درهم ولم يضرب لها أجلاً نجمت عليه وإن كره السيد، على قدر ما يرى من كتابة مثله وقدر قوته. وفي بعض النسخ: نجمها الحاكم على السيد، ولأجل أن الغالب على الكتابة التأجيل، ولأن الأصل فيها ذلك. قال أهل المذهب: إذا أوصى السيد بالكتابة مجملة نجمت قدراً وتأجيلاً على حسب ما يراه أهل المعرفة. قوله: (**وَقِيلَ: تجُوزُ حَالاً**) فيه بعض اللبس؛ لأنه يوهم أن الكلام السابق مبني على أن الكتابة لا يجوز أن تكون حالة، وإنما قدم أن التأجيل حق للعبد، وإذا كان حقاً له صح أن يسقطه فلا منافاة، ويحتمل أن يكون أشار هذا إلى ابتداء مثله. وأشار بقوله: (**وَقِيلَ**) إلى القول الآخر بعدم جوازها حالة، وقد تقدما.

وَلا يُعْتَقُ مِنْهُ شَيْءٌ إِلا بِالْجَمِيعِ

لا خلاف في هذا عندنا، وهو مذهب الجمهور، وروى أبو داود عن عمرو بن شعيب عن جده عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: «**المكاتب عبد ما بقي عليه من مكاتبته درهم**».

وَلَوْ وَجَدَ الْعِوَضَ مَعِيباً أَتْبَعَهُ بِمِثْلِهِ

يعني: إذا قبض السيد الكتابة أو بعضها، فوجد ما قبض أو بعضه معيباً؛ فله رده والرجوع بمثله، لأن الكتابة إنما تكون بغير معين، والأعواض غير المعينة إذا اطلع فيها على عيب قضي بمثلها.

وَلَوِ اسْتُحِقَّ وَلا مَالَ لَهُ، فَفِي رَدِّ عِتْقِهِ وَعَوْدِهِ مُكَاتَباً قَوْلانِ

ظاهره أن ضمير (**وَلَوِ اسْتُحِقَّ**) يعود على العوض في الكتابة، وإنها فرضها في المدونة وغيرها؛ ففيها، قال أشهب وابن نافع عن مالك: في مكاتب قاطع سيده فيما بقي عليه على عبد دفعه إليه، فاعترف أنه مسروق فأخذ منه، فليرجع السيد على المكاتب بقيمة العبد.

ابن نافع: وهذا إذا كان له مال، فإن لم يكن له مال؛ رد مكاتباً كما كان قبل القطاعة، وهذا رأيي والذي كنت أسمع. وقال أشهب: لا يرد عتقه؛ لأن حريته قد تمت وجازت شهادته ووارث الأحرار، ولكن يتبع بذلك. لكن يجاب عن المصنف بأنه لا فرق بين الكتابة والقطاعة في هذا المعنى، وقيد في البيان هذا الخلاف بها إذا لم يكن العبد موصوفاً، قال: ولا خلاف إذا قطع سيده على عبد موصوف، فاستحق من يده أنه يرجع عليه بقيمته، ولا يرد في الكتابة، ومفهوم قول المصنف: ولا مال له، أنه لو كان له مال لم يرد عتقه. وذكر ابن رشد فيه الخلاف، وحصل في المسألة ثلاثة أقوال؛

الأول: أنه يرجع في الكتابة حتى يؤدي إلى سيده قيمة ذلك، ملياً كان أو معدماً، وهو الذي يأتي على قول ابن القاسم في المدونة في الذي يؤدي كتابته إلى سيده من أموال غرمائه.

الثاني: أنه لا يرجع في الكتابة إلا أن يكون معدماً، وهو قول ابن نافع في المدونة.

والثالث: أنه لا يرجع في الكتابة ملياً كان أو معدماً، ويتبع بذلك إن كان معدماً في ذمته، وهو حر بالقطاعة، وهو قول أشهب في المدونة.

بِمَا لا شُبْهَةَ لَهُ فِيهِ رُدَّ عِتْقُهُ

حكى في البيان على هذا الاتفاق، أما إذا قاطع سيده على شيء بعينه لا شبهة له فيه غرَّ به موليه؛ كالثياب يستودعها وشبهها، فلا خلاف أن ذلك لا يجوز، ويرجع

في الكتابة على ما كان عليه حتى يؤدي قيمة ما قاطع به. فقول المصنف: (**رُدَّ عِتْقُهُ**) يعني: ويرجع مكاتباً.

وَكَذَلِكَ لَوْ أَعْطَى مَالَ الْغُرَمَاءِ

أي: ومثل ما إذا غر بها لا شبهة له في رد عتقه ورجوعه مكاتباً، ما إذا دفع مال الغرماء. قال في المدونة: إن ودى كتابته وعليه دين، فأراد غرماؤه أن يأخذوا من السيد ما قبض منه، فإن علم أن ما دفع إليه من أموالهم؛ فلهم أخذه ويرجع رقاً.

ابن يونس وغيره: يريد مكاتباً. واختلف في معنى قوله: فإن علم أن ما دفع من أموالهم، أي: يريد من أموالهم بعينها، أو يريد أنه استغرق الدين ما بيده، ورجحه ابن يونس، فإنه إذا كان مستغرقاً بها دفع وإن لم يكن أموالهم فهو متولد عنها، فلهم منعه من أن يعتق بها، كما لهم منع الحر من الصدقة والهبة إذا كان مسترقاً.

واحتج بقول مالك في المدونة: إن المكاتب إذا كان مدياناً فليس له أن يقاطع سيده، ويبقى لا شيء له؛ لأن غرماءه أخذوا ماله من سيده. وحمل قوله في الرواية: فإن لم يعلم أن ما دفع من أموالهم، لم يرجعوا على السيد بشيء على ما أبداه بعمل يده أو أرش لجرحه؛ لأن عمل يده كأجرته وأرش جرحه كرقبته، فلما كان الحر لا يؤاجر ولا يباع في الدين؛ فكذلك هذا لا تسليط لهم على عمل يده وأرش جرحه. قيل: فإن أشكل ما دفعه المكاتب، هل هو من أعيان أموالهم وما توالد منها، أو من أجرته وخراج يده، أو ما وهب له ليعتق به؟ قال بعض علمائنا: يصح عتقه ولا يكون لهم نقضه، ولو اعترف بذلك السيد لكان القياس [٧٥٨/ ب] أن ينفذ العتق ويرجع الغرماء على السيد بما قبض، لإقراره أنهم أولى به منه، إلا على قول سحنون، فإنه زعم أن كل ما كسب المكاتب من عمل يده قبل عجزه فإنه للغرماء؛ لأنه أحرزه عن سيده، إلا أن يوهب له مال بشرط أن يؤديه إلى

سيده، وإنما النظر لو قامت الغرماء والسيد فيه وقد عجز، أو لم يعجز وأشرف على العجز، والقياس أن يحتاط للغرماء؛ لأن السيد قد عرضه للمداينات كالأحرار، ولاسيما على قول سحنون. قال غيره: وإن كان على المكاتب ما يفترق ما في يديه؛ فهو أموال غرمائه حتى يعلم أن الذي دفع من عمل يده.

ابن يونس: وهذا موافق لظاهر المدونة.

وَيُنْدَبُ إِلَى الإِيتَاءِ بِحَطِّ جُزْءٍ آخَرَ

حمل مالك وأبو حنيفة وغيرهما الأمر في قوله تعالى: ﴿ وَءَاتُوهُم مِّن مَّالِ ٱللَّهِ ٱلَّذِىٓ ءَاتَىٰكُمْ ﴾ [النور:٣٣] على ندب سيد المكاتب أن يحط عن مكاتبه شيئاً آخر الكتابة، وكان مندوباً لأنه هبة وهي لا تجب، على أن ابن الجهم قال: أما الوضيعة من آخر الكتابة فأكثر أصحابنا يأمرون بذلك من غير قضاء. انتهى.

وقال الشافعي بوجوبه لظاهر الأمر، لكنه وافق على أنه غير محدود، وألزمه أبو عمر وغيره: الكتابة بالمجهول لأنه يوجب إخراج المجهول من المعلوم، وحدده بسدسها وبعضهم بربعها، وقيل: المخاطب بأمر الناس، وقيل: الولاة. وقيل: السادات. ولكن يعطون من غير الكتابة إلى غير ذلك من الأقاويل المذكورة للعلماء خارج المذهب.

أَوْ مَتَى عَجَّلَهُ قَبْلَ الْمَحَلِّ لَزِمَ، وَلَوْ كَانَ غَائِباً قَبَضَهُ الْحَاكِمُ وَنَفَّذَهُ

قد تقدم أن الأجل في العوض في الكتابة من حق المكاتب، فلذلك إذا عجله قبل أجله يلزم السيد قبوله، ولو كان عوضاً فإن كان السيد غائباً قبضه، يريد إذا لم يكن له وكيل ونفذ الحاكم عتقه، وهذا لأن المكاتب يتضرر ببقائه في الرق، وإلا فالأصل أن القاضي لا يقتضي ديون الغائب، ولأن الكتابة ليست من الديون حقيقة، وأما النظر فيها من النظر في رقيق الغائب ومصالحه، فينظر القاضي اقتضاء الكتابة، ولم يطلب المكاتب

ذلك؛ كي ينظر مخارجة عبيد الغائب، أو لتشوف الشرع إلى الحرية، فإن كانت الكتابة على كسوة أو ضحايا؛ فإنه يقوم ذلك بعض الشيوخ، ولو قال قائل أن عليه تعجيل تلك العين لما ثبت لها من الصفة بوصف أو إطلاق لما بعد.

فرع:

واختلف إذا كانت على خدمة خاصة ولا مال معها فأراد تعجيل قيمتها، فقال أشهب: له ذلك ولزم السيد أخذ القيمة ويعتق مكانه. وقال ابن القاسم: أنه ليس له تعجيل الخدمة، وكأنه رآه معتقاً إلى أجل. فاختار الأول بعض القرويين؛ لأنهم اجتمعوا على أنه كتابة، فيمضي على ما اجتمعا عليه، وهو اختيار ابن يونس وغيره. ابن يونس: وإذا كان له حكم المكاتب فينبغي أن يكون له تعجيل قيمة الخدمة. وقد قال ابن القاسم فيما يشبه هذا: إن له تعجيل قيمة الخدمة كقول أشهب، ولم يذكر فيه خلافاً.

وَيَجُوزُ أَنْ يُفْسَخَ مَا عَلَى الْمُكَاتَبِ مِنْ دَنَانِيرَ فِي دَرَاهِمَ إِلَى أَجَلٍ، وَأَنْ يُبْرِئَهُ عَلَى التَّعْجِيلِ بِالْبَعْضِ وَشِبْهِهِ؛ لأَنَّهَا لَيْسَتْ كَالْبَيْعِ وَلا كَالدَّيْنِ؛ وَلِذَلِكَ لا يُحَاصُّ السَّيِّدُ الْغُرَمَاءَ بِهَا فِي مَوْتٍ وَلا فَلَسٍ...

مثل ما ذكره المصنف من فسخ الدنانير في الدراهم المؤخرة، وبالعكس ضع وتعجل، وبيع الطعام قبل قبضه، والسلف يجر منفعة، وظاهر كلام المصنف: أنه لا فرق في جواز هذه الوجوه بين أن يتعجل العتق أو لا، وهو مذهب مالك وابن القاسم، ووجهه: ما ذكره المصنف أنه ليس كالديون الثابتة. ومنعه ابن عمر رضي الله عنهما، وإن تعجل العتق كسائر الديون الثابتة. ومنعه سحنون إلا أن يتعجل العتق، واحتج سحنون بمنع ذلك في الربا بين العبد وسيده، واعترضه بعض القرويين بإجازة سحنون وغيره قطاعة أحد الشريكين بإذن شريكه أن يأخذ أقل من نصيبه قبل الأجل، وليس في ذلك تعجيل عتق.

وقوله: (**لأَنَّهَا لَيْسَتْ كَالْبَيْعِ وَلا كَالدَّيْنِ**) تعليل للجواز، **فإن قيل**: البيع أعم من الدين، ونفي الأعم يستلزم نفي الأخص، فلا حاجة إلى نفي الدين. **قيل**: البيع ليس أعم مطلقاً؛ لأن الدين قد يكون من قرض. قوله: (**وَلِذَلِكَ لا يُحَاصُّ**) أي: ولأجل أنها ليست كالدين لا يحاص بالغرماء في الموت والفلس.

وَإِذَا عَجَزَ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ رُقَّ وَيَتَلَوَّمُ الْحَاكِمُ لِمَنْ يَرْجُوهُ

يعني: وإذا عجز المكاتب عن شيء من العوض رجع إلى ما كان عليه قبل الكتابة، فلو كان مدبراً ثم كاتبه وعجز رجع مدبراً، وقد يقال: هذا تكرار مع قوله أولاً: ولا يعتق منه شيء إلا بالجميع. ويجاب عنه بأن المتقدم فيما يخرج به المكاتب من الكتابة إلى الحرية لا، أي: لا يخرج من حال الكتابة إلى الحرية إلا بأداء الجميع، وكلامه هنا فيما ينتقل بسببه من حال الكتابة إلى الحال التي كان عليها قبل الكتابة.

قوله: (**وَيَتَلَوَّمُ الْحَاكِمُ لِمَنْ يَرْجُوهُ**) ظاهره أنه لا يعجزه إلا الحاكم، سواء اختلفا في التعجيز أو اتفقا فيه، وأما إن اختلفا فطلبه السيد للتعجيز وامتنع العبد أو بالعكس فلابد من الحاكم، وأما إن اتفقا عليه، فالمشهور وهو قول مالك في المدونة: إن كان له مال ظاهر لم يكن له ذلك، وإن لم يكن له مال ظاهر فذلك له، وروي عنه أن ذلك له وإن كان عنده مال ظاهر. وقال سحنون: ليس له ذلك، وإن لم يكن له مال ظاهر إلا عند السلطان. وقال محمد: إن كان صانعاً ولا مال له كان له أن يعجز [٧٥٩/ أ] نفسه. ابن يونس: والأول أصوبها. المتيطي: وبه الحكم وعليه العمل. وإذا فرعنا عليه فلو أعجز نفسه لعدم ظهور المال، ثم ظهر له مال أخفاه أو طرأ له؛ ففي المدونة: هو رقيق ولا يرجع عما رضي به أولاً. وإذا فرعنا على المنع من التعجيز، فلو رضي بذلك ولم ينظر فيه حتى فاتت بالبيع أو بإعتاق المشتري، فقيل: البيع فوت. وقيل: ليس بفوت إلا أن يفوت بعتق. وقد قيل: يرد ولو أعتق.

ابن القاسم: ففي الدمياطية: وإن باع السيد رقيقه برضاه جاز.

وقال في المدونة: يفسخ إلا أن يفوت بالعتق. وقال غيره: وإن دخله العتق.

ابن المواز: وإنما له تعجيز نفسه إذا كان وحده، وأما إذا كان معه ولد فلا تعجيز له، ويؤخذ بالسعي عليهم صانعاً، ولو تبين منه لرد رأيت عقوبته، وإن كان له مال ظاهر فيؤخذ ماله ويعطى لسيده شاء أو أبى.

أبو محمد: يريد بعد محله ويعتق هو وولده.

محمد: إذا كان صانعاً ولا مال له فله أن يعجز نفسه.

اللخمي: وعلى أصل سحنون ليس له ذلك إلا عند السلطان.

قوله: (**وَيَتَلَوَّمُ الْحَاكِمُ لِمَنْ يَرْجُوهُ**) مفهومه أنه لا يتلوم لمن لا يرجوه. وفي المدونة: لا يعجزه إلا السلطان بعد أن يجتهد له في التلوم بعد الأجل، فمن العبيد من يرجى حاله في التلوم، ومنهم من لا يرجى له، فإن رأى له وجهاً إذا تركه وإلا عجزه.

أبو الحسن: ويحتمل من يرجى له يفسح له في الأجل، ومن لا يرجى له يضيق له في التأجيل، ويحتمل أن من لا يرجى له لا يتلوم له ألبتة، وهذان التأويلان هما اللذان في كتاب النكاح الثاني في المعسر بالنفقة، حيث قال: ويختلف التلوم فيمن يرجى له وفيمن لا يرجى له.

وَلَوْ غَابَ وَقْتَ الْمَحَلِّ بِغَيْرِ إِذْنِ السَّيِّدِ فَسَخَ الْحَاكِمُ

أي: لو غاب المكاتب، و(**المَحَلّ**) اسم المصدر؛ أي: وقت الحلول فسخ الحاكم، وليس للسيد فسخه، ولو فعل فهو على كتابته.

وَلَيْسَ لَهُ تَعْجِيزُ نَفْسِهِ وَلَهُ مَالٌ ظَاهِرٌ عَلَى الأَصَحِّ، وَلا تَنْفَسِخُ الْكِتَابَةُ إِلا بِالْحَاكِمِ

قد تقدم أن هذا هو المشهور. وقوله: لا تنفسخ إلا بالحاكم، من تمام قوله: (**وَلَيْسَ لَهُ تَعْجِيزُ نَفْسِهِ وَلَهُ مَالٌ ظَاهِرٌ**) ولا تنفسخ الكتابة إذا كان له مال ظاهر إلا بالحاكم.

وَتَنْفَسِخُ بِمَوْتِ الْعَبْدِ وَلَوْ خَلَّفَ وَفَاءً إِلا أَنْ يَقُومَ بِهَا وَلَدٌ أَوْ غَيْرُهُ، دَخَلَ مَعَهُ بِالشَّرْطِ أَوْ غَيْرِهِ بِمُقْتَضَى الْعَقْدِ فَيُؤَدِّيهَا حَالَّةً...

يعني: وتنفسخ الكتابة بسبب موت المكاتب، ولو خلف وفاء؛ لأنه مات قبل حلول الحرية له، فلذلك يرثه سيده بالرق، ثم استثنى من ذلك ما إذا كان معه ولد وغيره. وقوله: (**دَخَلَ مَعَهُ بِالشَّرْطِ**) عائد على الولد و(**غَيْرِهِ**) -بخفض الراء- عطفها على الشرط، وهو خاص بالولد؛ أي: لا فرق بين أن يدخل الولد معه بالشرط أو بغير الشرط، بل بمقتضى العقد؛ لكونه حدث بعد عقدها، وأما لو كانت أمة حاملاً يوم الكتابة، فلا يدخل إلا بالشرط، قاله في المدونة.

ابن القاسم في العتبية: وأما إن كانت أمته وبها حمل علم به أو لا، فإنه يدخل معها. وقوله: (**بِمُقْتَضَى الْعَقْدِ**) بدل من غير، وما قدمنا هو كذلك في نسخ عديدة، ووقع في بعض النسخ: (إلا أن يقوم بها ولو دخل معه بإسقاط أو غيره) وليست بجيدة؛ لأن غير الولد كالولد فلا يكون لتخصيص الولد معنى. فإن قيل: يُقَرَّا على هذا أو غيره، نعم رأى غير ليدخل غير الولد. قيل، قوله: (**بِمُقْتَضَى الْعَقْدِ**) ينافيه. وقال في المدونة: وإذا هلك المكاتب ومعه في الكتابة أجنبي وترك مالاً فيه وفاء بكتابته، فإن كتابته تحل بموته، ويتعجلها السيد من حاله ويعتق بذلك من معه في الكتابة، وليس لمن معه في الكتابة من ولد أو أجنبي أخذ المال، وأداؤه على النجم إذا كان فيه وفاء يعتقون به؛ لما فيه من الغرر. فإن قلت، قوله: (**دَخَلَ مَعَهُ بِالشَّرْطِ أَوْ غَيْرِهِ**) يقتضي أن غير الولد يدخل بغير الشرط،

وذلك لا يعلم. قيل: قد يدخل غير الولد بغير الشرط، وهو من يشتريه بعد الكتابة إذا كان ممن يعتق عليه. ففي المدونة: ولا ينبغي للمكاتب أن يشتري ولده أو أباه إلا بإذن سيده. فمن ابتاعه بإذن سيده ممن يعتق على الحر بالملك؛ دخل معه في الكتابة.

وقوله: (**فَيُؤَدِّيهَا حَالَّةً**) أي: الولد، ولا يقتضي هذا الكلام أن الولد يخير في ذلك كما قيل، بل المراد أن ذلك لازم للولد.

وَلا يَرِثُ الْبَاقِيَ إِلا قَرِيبٌ يَعْتِقُ عَلَيْهِ مِنَ الآبَاءِ وَالأَوْلادِ وَالإِخْوَةِ مِمَّنْ مَعَهُ فِي الْكِتَابَةِ خَاصَّةً، وَقِيلَ: لا يَرِثُهُ إِلا وَلَدٌ مَعَهُ خَاصَّةً. وَقِيلَ: يَرِثُهُ وَرَثَتُهُ الأَحْرَارُ مِمَّنْ مَعَهُ إِلا الزَّوْجَةَ. وَقِيلَ: وَالزَّوْجَةُ مِمَّنْ مَعَهُ فِي الْكِتَابَةِ خَاصَّةً...

فقوله (**مِنَ الآبَاءِ وَالأَوْلادِ وَالإِخْوَةِ**) للبيان والإيضاح، ولو ترك لفهم، وهذا هو المشهور، وهو قول ابن القاسم في المدونة، وروايته عن مالك، والثلاثة الأقوال لمالك أيضاً، وعلى القول باستثناء الزوجة فالزوج مثلها، والرابع أقرب، ولا يظْهَرُ لتخصيص بعض الورثة بالإرث دون بعضٍ وجهٌ.

وَلا يَرِثُهُ مَنْ لَيْسَ مَعَهُ فِي الْكِتَابَةِ حُرًّا كَانَ أَوْ عَبْداً

ولا أولادهم المكاتبون كتابة أخرى؛ لأن من شأن الوارثين أن يتساويا حال الموت، فلذلك لم يرث المكاتب ولده ولا غيرهم الأحرار، ولا المكاتبون كتابة أخرى، إذ لا يتحقق مساواتهم؛ لاحتمال أن يكون أصحاب إحدى الكتابتين أقوى على الأدنى من أصحاب كتابة أخرى، ولا إشكال في [٧٥٩/ ب] عدم إرث ولد الأرقاء.

فَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ وَفَاءً وَقَوِيَ وَلَدُهُ عَلَى السَّعْيِ سَعَوْا

قوله: (**فَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ وَفَاءً**) أعم من أن لا يترك شيئاً، لكنه لا يفيء بالكتابة، ففي المدونة: يدفع لولده الذين معه في الكتابة، فإن كان لهم أمانة وقوة على السعاية؛ يؤدون

نجوماً، وإن لم تكن لهم قوة على السعي ولم يكن في المال ما يبلغهم السعي؛ فإن كان مع الولد أم ولد ولها قوة وأمانة دفع لها إن رجي لها قوة على سعي بقية الكتابة، وإن لم تكن في أم الولد قوة بيعت وضم ثمنها إلى التركة، فيؤدي إلى بلوغ السعي، فإن لم يكن شيء من ذلك رقوا كلهم.

وقال أشهب: إلى من معه في الكتابة وإن كان أجنبياً، وحيث آل الحال إلى بيع أم الولد هنا، فقال مالك: للولد بيع من فيه نجاتهم من أمهات الأولاد، أمهم كانت أو غيرها. وقال ابن القاسم: أرى ألا يبيع أمه إذا كان في بيعِ سواها ما يُغنيه.

وقال سحنون: إذا كان له أمهات الأولاد يقرع بينهن. وقال سحنون أيضاً: يباع من كل واحدة بقدرها. قالوا: يريد غير أم الولد الموجود، إلا أن يكون لكل واحدة ولد فيباع من كل واحدة بقدرها.

السَّيِّدُ شَرْطُهُ: التَّكْلِيفُ، وَأَهْلِيَّةُ التَّصَرُّفِ

هذا هو الركن الثالث. وقوله: (**شَرْطُهُ التَّكْلِيفُ**) يخرج الصبي والمجنون. وقوله: (**وَأَهْلِيَّةُ التَّصَرُّفِ**) يخرج المحجور عليهم. ولو استغنى المصنف بأهلية التصرف لكان أحسن؛ إذ غير المكلف ليس أهلاً للتصرف.

فيُكَاتِبُ الْوَلِيُّ رَقِيقَ الطِّفْلِ

(**الْوَلِيُّ**) يشمل الأب ووصيه ومقدم القاضي. ولو قال: رقيق المحجور عليهم لكان أحسن؛ لأن السفيه البالغ كالطفل، فله أن يكاتب رقيقه بالمصلحة.

وَفِي مُكَاتَبِ الْكَافِرِ الْمُسْلِمَ قَوْلانِ

أي: وفي إمضائها بعد وقوعها قولان، وإلا فلو عثر على ذلك قبل الكتابة لبيع عليه، والقولان لمالك؛ **أحدهما**: بطلان الكتابة ويباع عليه. **والثاني** وهو مذهب المدونة: أنه يصح ويباع عليه من مسلم.

وَتُبَاعُ كِتَابَةُ مَنْ أَسْلَمَ لِمُسْلِمٍ

يعني: أن القولين إنما هما إذا كان العبد وقت إنشاء الكتابة مسلماً، وأما إن كاتب الكافر عبده الكافر ثم أسلم العبد؛ فإنه لا تبطل كتابته اتفاقاً، بل تباع لمسلم إن بقي السيد على إلزام نفسه حكم الكتابة، ولو طلب الرجوع عنها، فظاهر المدونة منعه من ذلك، واستقرأ من العتبية تمكينه منها. واختلف أيضاً في النصراني يكاتب عبده النصراني ثم يريد السيد فسخ الكتابة، هل له ذلك ويكون كالعتق، أو لا كعقود المعاوضات؟.

وَمُكَاتَبَةُ الْمَرِيضِ، وقِيلَ: كَالْبَيْعِ، وَقِيلَ: يُخَيَّرُ الْوَرَثَةُ فِي إِمْضَائِهَا، أَوْ عِتْقِ مَا حَمَلَ الثُّلُثُ مِنْهُ. وَقِيلَ: إِنْ كَانَتْ مُحَابَاةً...

معنى كونها كالبيع أنها إن لم تكن فيها محاباة مضت كالبيع، وإن كانت فيها محاباة؛ فالمحاباة في الثلث، وهذا قول ابن القاسم في المدونة؛ ففيها: وإن كاتب عبده في مرضه وقبض الكتابة ثم مات السيد؛ فإن لم يحابه جاز ذلك كبيعه، ومحاباته في البيع في ثلثه. وظاهر قوله: إن لم تكن فيها محاباة إمضاء الكتابة وإن لم يحملها الثلث، وهو ظاهر. وقول اللخمي: وقيد ذلك في الموازية بأن يحمله الثلث. قوله: (**وَقِيلَ يُخَيَّرُ الْوَرَثَةُ**) هذا القول عزاه اللخمي لابن القاسم، قال: وقال أيضاً أنه كالعتق، فإن كانت قيمته أكثر من الثلث خير الورثة بين أن يمضوا الكتابة أو يعتقوا منه ما حمله الثلث بتلاً.

اللخمي: ووافق الغير على هذا القول، وقال: الكتابة بالمحاباة أو غير محاباة من ناحية العتق وليست من ناحية البيع، وهو موقوف بنجومه، فإن لم يحمله الثلث ولم يجز الورثة؛ أعتق منه ما حمل الثلث لما في يده. وقوله: (**إِنْ كَانَتْ مُحَابَاةً**) أي: فيكون كذلك يخير الورثة. ابن شاس في تمام هذا القول: وإن لم يحابِ سعى، فإن أدى وهو في المرض اعتبرنا خروج الأول من الثلث، فإن كانت قيمة الرقبة أقل اعتبر خروجها من الثلث، وإن كانت النجوم أول فليس لهم اعتبار سواها، وكذلك لو أوصى بإعتاقه أو وضع النجوم.

تنبيهان:

ذكر في النكت عن بعض شيوخه: أنه إذا كاتب عبده في المرض وحابى وقبض الكتابة؛ تجعل في الثلث قيمة الرقبة كلها، بخلاف محاباة المريض في بيعه هاهنا، إنما يجعل في الثلث في المحاباة خاصة؛ لأن الكتابة في المرض عتاقة. قال: وإذا حاباه فكان الثلث يحمل رقبته؛ جاز ذلك ولم يقوم في النجوم المقبوضة، ولا يضاف إلى مال الميت، فإن كان الثلث لا يحملها؛ ردت النجوم المقبوضة إلى يد العبد، ثم أعتق محمل الثلث من رقبته بماله، لأن الثلث إن كان حاملاً أخذ المال الورثة، فلا يكثر مال الميت به، ولا يدخل فيه العبد إذا لم يحمل الثلث، ووجه رد المال إلى يد العبد فيعتق منه بماله محمل الثلث.

ابن يونس: إنما يفترق الحكم عند ابن القاسم في المحاباة وعدمها، فإن لم يحاب وحمله الثلث؛ عجل عتق العبد في حياة السيد، كما لو لم يحاب في بيعه، وإن حابى وحمله الثلث لم يكن بُدٌّ من وقفه حتى يموت؛ لأن المحاباة وصية، وإن لم يحمله الثلث في الوجهين خير الورثة بين إجازة ما فعل المريض أو يردوا إلى المكاتب [٧٦٠/ أ] ما قبض منه ويعتقوا محمل الثلث بتلاً.

الثاني: اختلف أيضاً في كتابة المديان، هل هي من باب العتق، أو من باب البيع؟ ويتحصل في كتاب المديان والمريض ثلاثة أقوال؛ أن كتابتهما من ناحية العتق، وهو قول سحنون. الثاني أن كتابة المديان من ناحية البيع وكتابة المريض من ناحية العتق، وهو قول أشهب. والثالث أن كتابة المريض من ناحية البيع وكتابة المديان من ناحية العتق، وهو قول ابن القاسم.

وَلَوْ أَقَرَّ فِي الْمَرَضِ بِقَبْضٍ مِنْ مُكَاتَبِهِ قُبِلَ إِنْ كَانَ غَيْرَ كَلالَةٍ، وَإِلا لَمْ يُقْبَلْ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: إِلا أَنْ يَحْمِلَهُ الثُّلُثُ...

هكذا جلب في المدونة هذه المسألة إثر التي قبلها، ومعناها: أن المريض أقر بكتابة المكاتب في الصحة، ونصها في المدونة: قال ابن القاسم: وإن كاتب في صحته وأقر في

مرضه بقبض الكتابة جاز ذلك، ولم يتهم إن ترك ولداً، وإن كان ورثته كلالة والثلث لا يحمله؛ لم يصدق إلا ببينة، وإن حمله الثلث صدق؛ لأنه لو أعتقه جاز عتقه. وقال غيره: إذا اتهم بالميل معه والمحاباة له؛ لم يجز إقراره، حمله الثلث أو لا، ولا يكون في الثلث إلا ما أريد به الثلث، وقاله ابن القاسم أيضاً غير مرة، ولعل المصنف لم ينسب الأول لابن القاسم لأنه لم يختص به، بل قاله هو وغيره كما صرح به في المدونة، وفي كلام المصنف نظر؛ لأن قوله: وقال ابن القاسم: إلا أن يحمله الثلث؛ يقتضي أن ابن القاسم يقول في هذا القول: لا يقبل إقراره إذا كان يورث كلالة، إلا أن يحمله الثلث، وهو في المدونة إنما اعتبر في هذا القول الميل بالمحاباة.

وقيد بعض شيوخ عبد الحق القول الثاني في كلام المصنف بما إذا كان الثلث فارغاً لم يوص فيه بشيء، فأما إن كان قد اشتغل بوصايا فهو أحب أن يستغرق وصاياه ويخرج العبد الذي أقر أنه قبض كتابته من رأس ماله، فهو كالقائل: أعتقت عبدي في صحتي فلا يعتق، والوصايا خارجة من ثلثه. ووافقه بعض القرويين، وقال: لا فرق بين أن يشغل الثلث بوصايا أو لم يشغله، لجواز إقراره إذا كانت الوصايا مما يبدى عليها عتق هذا العبد.

الْمُكَاتَبُ: وَلا يُكَاتَبُ جُزْءٌ إِلا أَنْ يَكُونَ الْبَاقِي حُرًّا

أي: العبد المكاتب، وهذا هو الركن الرابع، وله شرطان؛ **الأول**: أن يكاتب العبد كله، فلا يكاتب جزء. قال: سواء كان الباقي له أو لغيره، وأما إن كان العبد حرًّا صحت الكتابة لحصول الحرية في الجميع، وعلل في المدونة امتناع كتابة الجزء إذا كان الباقي لشريكه مؤدٍ إلى عتق النصيب من غير تقويم.

وابن الماجشون: فإن ذلك مخاطرة، لأن هذا يأخذه بخراج والآخر يأخذه بنجوم. قال في المدونة: ويفسخ إن فعل ويرد ما أخذ، فيكون بينه وبين شريكه مع رقبة العبد، سواء قبض الكتابة كلها أو بعضها. قال غيره: إنما يكون ذلك بينهما إذا اجتمعا على قسمه، ومن دعا إلى رده إلى العبد فذلك له؛ إذ لا ينتزع ماله حتى يجتمعا.

ابن رشد وغيره: وقول الغير خلاف، فنزل ابن القاسم هذا المثال منزلة الخراج، ونزله الغير منزلة مال كان بيد العبد بين الشريكين موقوفاً بيده حتى يجتمعا على انتزاعه، ويحتمل أيضاً أن يكون وفاقاً، ويكون معنى قول ابن القاسم: فيكون بينه وبين شريكه إذا اجتمعا على قسمه. ونقل اللخمي عن المبسوط: أنه إذا كاتب أحد الشريكين يحلف السيد ما كان يعلم أنه يعتق عليه إذا، فإن حلف لم يقوم عليه، وإن نكل قوم بقيمته.

اللخمي: وظاهر قوله أنه لا يرد عتق ذلك النصيب؛ لأنه لم يقل: إذا حلف يرد عتق النصيب الذي أدى، وإنما قال: يقوم عليه، وأما إذا كان العبد كله وكاتب بعضه، ففي المدونة لم يجز ذلك ولم يكن شيء منه مكاتباً، وإن أدى لم يعتق منه شيء، وعلله ابن يونس بأنه يؤدي إلى عتق نصيبه من غير استتمام؛ إذ ليس كتابة بصريح العتق، فيمنع من ذلك لئلا يكون خلاف السنة.

اللخمي: وعلى ما في المبسوط يحلف السيد، فإن نكل عتق جميعه، إلا أن يكون عليه دين يغترق ما يكاتبه منه، فتمضي كتابته بنصفه ولا يرد، والكتابة مختلف فيها هل هي من ناحية العتق أو البيع، فعلى أنها من ناحية العتق يمضي القدر الذي كاتب منه مع اليسر، وعلى القول أنها من ناحية البيع يمضي ذلك النصيب موسراً كان أو معسراً ولا يقوم عليه.

وَفِي مُكَاتَبَةِ الصَّغِيرِ وَالأَمَةِ اللَّذَيْنِ لا مَالَ لَهُمَا وَلا يَسْعَيَانِ قَوْلانِ

هذا هو الشرط الثاني، وهو أن يكون قوياً على الأداء، فلذلك اختلف في الصغير الضعيف عن الأداء إذا لم يكن له مال، وفي الأمة كذلك، والقول بالجواز لابن القاسم، والقول بالمنع لأشهب، وهما منصوصان على أنه هو الذي اقتصر عليه مالك في المدونة، وعلى القول بأن كتابة الصغير ممنوعة؛ فروى الدمياطي عن أشهب: أن ابن عشر سنين لا تجوز كتابته، ووجه ذلك: أن العشر سنين حدٌّ بين كثير من أحكام الصغير والكبير، ولذلك

كانت حدًّا في الضرب على الصلاة [٧٦٠/ ب] لقوته على العمل، والتفريق في المضاجع لقوته على الانفراد وغير ذلك من المعاني، فمن زاد على العشر سنين زيادة بينة يحتمل أن يريد أشهب كفايته لقوته على السعاية التي هي أكثر عملاً من الصلاة وما جرى مجراها.

ابن عبد السلام: وانظر هل جواز كتابة الصغير مبني على القول بجبر السيد عبده على الكتابة، وجزم أبو الحسن بأن ذلك مبني على الجبر، والله أعلم.

وَلَوْ كَاتَبَ الشَّرِيكَانِ مَعاً عَلَى مَالٍ وَاحِدٍ جَازَ بِخِلافِ أَحَدِهِمَا، وَبِخِلافِ مَالَيْنِ

(**مَعاً**) أي: في عقد واحد، واحترز من أن يكون في عقدين. وقوله: (**عَلَى مَالٍ وَاحِدٍ**) في العقد والأجل، واحترز مما لو اختلف القدر أو الأجل، فإن الكتابة فاسدة، نص عليه اللخمي.

وقوله: (**بِخِلافِ أَحَدِهِمَا**) أي: بخلاف مكاتبة أحد الشريكين فإنها لا تجوز، وقد تقدم ذلك، ونص في المدونة وغيرها على عدم الجواز، ولو أذن له الشريك، ونقل أبو حامد الإسفرائني عن مالك الجواز بإذن الشريك، واختلف إذا نزل؛ فالمشهور: أنه يكون مقتضاه للسيد المكاتب منهما ولا يعتق من العبد شيء، حتى قال في عبد بين ثلاثة إخوة: كاتب اثنان بإذن الثالث، ثم قاطعه اللذان كاتباه بإذن أخيهما؛ فيعتق نصيبهما، ثم مات المتمسك وله ورثة فخدمهم في نصيب وليهم سنة، ثم قام العبد يطلب القيام على اللذين قاطعاه، قال مالك: العبد رقيق كله ويرد اللذان كاتباه ما أخذاه منه فيكون بينهما وبين ورثة الميت.

وقوله: (**بِخِلافِ مَالَيْنِ**) أي: فإنها أيضاً لا يجوز؛ والعلة في الوجهين: أن يؤدي إلى عتق البعض دون تقويم.

ابن يونس: وقيل إن كاتباه هذا بمائة إلى سنتين، وهذا بمائتين إلى سنة، فإن حط صاحب المائتين مائة وأخره بالباقية جازت، فإن أبى قيل للمكاتب: إما أن يزيد صاحب المائة مائة ويجعلها إلى سنة ليتفق الأجل، فإن فعل جاز أيضاً وإلا فسخت الكتابة. ابن اللباد: لم يَرْوِهُ، يحيى: وهو لابن الماجشون.

فَإِنْ عَقَدَا مُفْتَرِقَيْنِ بِمَالٍ وَاحِدٍ؛ فَابْنُ الْقَاسِمِ يَفْسَخُهَا، وَغَيْرُهُ يُسْقِطُ الشَّرْطَ

القولان في المدونة، ونص ابن القاسم فيها على الفسخ، وإن لم يعلم كل واحد منهما بفعل الآخر، وأطلق غيره الجواز.

وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: مَنْ شَرَطَ وَطْءَ مُكَاتَبَتِهِ، أَوِ اسْتَثْنَى حَمْلَهَا سَقَطَ الشَّرْطُ

قوله: (**أَوِ اسْتَثْنَى حَمْلَهَا**) يريد بأن قال: ما تلديه فهو رقيق لي، فالشرط باطل والكتابة ماضية على سنتها، من أنه ليس له أن يطأها وما ولدته داخل، وهذا مذهب المدونة. قال في البيان: وفرق بين الشرط الحرام كشرط الوطء فيبطل الشرط وتصح الكتابة، وبين غيره فتبطل الكتابة. وقال أشهب: الكتابة باطلة فيهما للشرط وتفسخ ولو لم يبق منها إلا درهم واحد، إلا أن يسقط السيد شرطه أو يفوته بأداء الجميع، ورواه عن مالك. وقيل: يفسخ ما لم ترد صدراً من كتابتها. وقال محمد: تفسخ ما لم تؤدِّ نجماً، إلا أن يسقط السيد شرطه أو يتراضيا على شيء. وقال عبد الملك: تبطل الكتابة، ولعل المصنف أتى بهذه المسألة ترجيحاً لقول غير ابن القاسم في المسألة السابقة، أشار اللخمي إلى هذا المعنى.

والفرق لابن القاسم: أن الفساد في الأولى راجع إلى نفس العقدة؛ لأنه مودٍّ إلى عتق أحد الشريكين من غير تقويم، والفساد في هذه خارج عن عقد الكتابة؛ لأن الأمة باقية على كتابتها وحالها في الأداء واحد بهذا الشرط، ودونه بعض فقهائنا، وإن شرط على مكاتبه أنك إن شربت خمراً أو نحوه فأنت مردود في الرق ففعل العبد ذلك؛ ليس لسيده

رده في الرق للشرط، كالمعتقة إلى أجل يشترط عليها إن أبِقْتِ فلا حرية لكِ؛ هذا لمشترطه. والفرق بينهما: أن ما يفعله العبد من الإباق ضرر على سيده؛ لأنه يخل بمنافعه، وما أحدث العبد من شرب الخمر لا يخل بنجومه، فإذا لم يعجز عنها لم يقدح شرب الخمر فيها.

وَلَيْسَ لأَحَدِهِمَا قَبْضُ نَصِيبِهِ دُونَ الآخَرِ

أي: إذا كاتب الشريكان عبداً في عقد على مال فليس لأحدهما أن ينفرد بقبض نصيبه دون نصيبه؛ لأن كل ما في يد العبد مشترك بينهما، وظاهر قوله ولو شرطه أن العقد يصح والشرط يبطل، وهو مذهب ابن القاسم في الموازية. وقال أشهب: يفسخ إلا أن يرضى مشترط التبدئة، ويجري فيه الخلاف السابق.

نَعَمْ لَوْ رَضِيَ بِتَقْدِيمِهِ جَازَ، ثُمَّ إِنْ عَجَزَ الْعَبْدُ رَجَعَ بِحِصَّتِهِ

هو جواب لسؤال مقدر؛ كأنه قيل له لما ذكر أنه ليس لأحدهما القبض دون الآخر، فهل يجوز أن يرضى أحدهما بالتبدئة ؟ فقال: نعم، وهذه مسألة المدونة، وهي إذا حل نجم، فقال أحدهما للآخر: بدئني به وخذ أنت النجم المستقبل ففعل، ثم عجز العبد عند النجم الثاني.

ابن القاسم: فليرد المقتضي نصف ما قبض على شريكه؛ لأن ذلك سلف، ويبقى العبد بينهما، ولا خيار للمقتضي بخلاف المقاطعة، قالوا: هذا كقول مالك في الدين يكون لهما منجم على رجل، فيبدأ أحدهما صحابه بنجم على أن يأخذ النجم الثاني، ثم فلس الغريم في النجم الثاني؛ أنه يرجع على صاحبه لأنه تسلف منه له. قال في المدونة: إلا أن يعجز المكاتب أو يموت قبل محل النجم، فليس له أخذ حتى يحل النجم الثاني.

ابن المواز: ولو حل النجم الثاني قبل عجزه فتعذر على المكاتب [٧٦١/ أ] وانتظر بها يرجى حاله؛ كان على الشريك أن يعجل لشريكه سلفه، ثم يتبعان المكاتب جميعاً بالنجم الثاني. وقال ابن القاسم في العتبية: إذا قدمه بنجم ثم حل نجم بعده، فقال له: تقاضى أنت وأنا أقضي ما أسلفتك، فليس ذلك عليه ولا له قبله شيء، إلا أن يعجز المكاتب.

ابن يونس: وكذلك لو حل المكاتب قبل أن يستوفي، ولو قال الشريك: آثرني به وانظر أنت المكاتب، فرضي على هذا الشرط، أو كان إنما سأله المكاتب أن يدفع ذلك لشريكه وينظر هو بحقه، لكان ذلك منه إنظاراً للمكاتب في الوجهين، ولا يرجع به على الشريك إن مات المكاتب، ولا شيء له وإن عجز ويكون العبد بينهما.

وَكَذَلِكَ لَوْ قَاطَعَهُ بِإِذْنِهِ مِنْ عِشْرِينَ عَلَى عَشْرَةٍ

(**مِنْ**) في قوله: (**مِنْ عِشْرِينَ**) للبدل؛ أي: لو قاطعه بإذنه على عشرة بدل عشرين، والتشبيه والإشارة راجعان إلى الرضا بتقديمه؛ أي: إذا قاطع أحد الشريكين المكاتب على نصيب من الكتابة كما لو كان نصيبه عشرين فقاطعه منها على عشرة بإذن شريكه جاز، وأما إذا لم يأذن شريكه في المقاطعة فإنها لا تجوز، صرح بذلك في المدونة، فإن قلت: هل يجوز أن يريد المصنف بالتشبيه الحكم في العجز، قيل: لا؛ لأن حكم العجز فيهما مختلف، وقد بيَّن ذلك بقوله:

فَلَوْ عَجَزَ خُيِّرَ الْمُقَاطِعُ بَيْنَ رَدِّ مَا فَضَلَ بِهِ شَرِيكَهُ وَبَيْنَ إِسْلامِ حِصَّتِهِ رِقّاً، وَلا رُجُوعَ لَهُ عَلَى الآخَرِ وَلَوْ كَانَ قَبَضَ تِسْعَةَ عَشَرَ...

يعني: فإن عجز العبد المكاتب بعد أخذ المقاطع العشرة كما ذكرنا، ولم يكن المتمسك قبض شيئاً، أو قبض دون العشرة؛ خيِّر المقاطع بين رد ما فضل به شريكه ويكون العبد بينهما على ما كان قبل الكتابة، وبين أن يسلم حصته للمتمسك، فيكون العبد له.

قوله: (**مَا فَضَلَ**) أي: نصف ما فضل به شريكه إن كان العبد بينهما نصفين؛ لأن العشرة إذا قبضها المقاطع ولم يقبض المشترك شيئاً؛ فقد فضله بعشرة، فإذا رد عليه خمسة فقد استويا، ويمكن بقاء كلام المصنف على ظاهره بأن العشرة التي قبضها المقاطع منها خمسة له، والخمسة الباقية هي التي فضل بها شريكه.

وقوله: (**وَلا رُجُوعَ لَهُ عَلَى الآخَرِ**) الذي لم يقاطع، وهكذا قال ابن المواز.

وقوله: (**وَلَوْ كَانَ قَبَضَ تِسْعَةَ عَشَرَ**) مبالغة؛ أي: ولو كان الذي لم يقاطع قبض تسعة عشر، فإن المقاطع لا يرجع عليه بشيء.

ابن المواز: ولو كان إنما قاطعه من العشرين على عرض أو حيوان نظر إلى قيمة ذلك نقداً يوم قبضه، ثم رد فضلاً إن كان عنده وأخذ حصته من العبد إن شاء، وإن كان قاطعه على شيء له مِثْلٌ من مكيلٍ أو موزونٍ رَدَّ مثله ورَدَّ الآخر كل ما قبض، وكان بينهما نصفين مع رقبة العبد، إلا أن يشاء أن يتماسك بما قاطعه به وسلم حصته من العبد لشريكه فذلك له.

اللخمي: وقوله في العرض رد نصف قيمته، يريد إذا فات، ولو كان قديماً كالطعام.

فرع:

ولو لم يقبض المقاطع شيئاً مما قاطعه عليه وقبض المتمسك شيئاً ثم عجز، فقال بعض القرويين: إن كان الذي لم يقاطع إنما قبض عند حلول كل نجم فلا رجوع للمقاطع عليه بشيء؛ لأنه رضي بتأخير المكاتب ورضي صاحبه بما أخذ، وإن كان المكاتب عجل له قبل أجله؛ فله فيه متكلم بعض أصحابنا، فيكون للمقاطع أن يأخذ من صاحبه نصف المقتضى.

ابن يونس: والذي رأى أن اقتضاء المتمسك نجماً بما حل له عليه، فقام عليه المقاطع، فليتحاص فيه المقاطع بقدر ما قطعه عليه المتمسك بقدر النجم الحالِّ؛ لأن ذلك قد حل لهما جميعاً عليه، وأما إن عجل المتمسك قبل أجله؛ فللمقاطع القيام عليه، فيأخذ منه قدر ما قاطعه عليه، فإن فضل شيء كان للمتمسك؛ لأن حق المقاطع حلَّ، وحق الآخر لم

يحل، فتعجيله قبل أجله هبة منه، فللمقاطع رد هبته وأخذ ما في حقه، ولو قبض المقاطع نصف العشرة ثم عجز العبد؛ فالمشهور: أنه يخيَّر بين أن يرد نصف ما قبض ويكون العبد بينهما نصفين، أو لا يرد وله من العبد ربعه وثلاثة أرباعه لمن لم يقاطع. وقال الداودي: يكون الربع بينهما أثلاثاً مفضوضاً على ما بقي لكل واحد منهما فيه. اللخمي: وهو أقيس. وفروع هذا الفصل كثيرة وتركناها تبعاً للمصنف.

وَلَوْ مَاتَ الْمُكَاتِبُ وَلَهُ مَالٌ أَخَذَ الآذِنُ مَا بَقِيَ لَهُ بِغَيْرِ حَطِيطَةٍ، فَلَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ...

أي: إذا قاطعه أحد الشريكين من عشرين على عشرة بإذن شريكه وقبض منه العشرة ثم مات المكاتب ولم يأخذ منه المكاتب شيئاً، أو أخذ منه وبقي له شيء وترك المكاتب مالاً، فإن الآخر وهو الذي لم يقاطع يأخذ من مال المكاتب جميع الكتابة، أو ما بقي منها بغير حطيطة، وسواء حلت الكتابة أم لا؛ لأنها تحل بالموت، ثم يكون ما بقي بين الذي قاطعه وبين شريكه على قدر حصصهما في المكاتب، ولو مات المكاتب وليس له مال –والتقدير: أن المقاطع قبض قطاعته ولم يستوفِ الآخر– فإنه لا يرجع على المقاطع بشيء، وإن لم يقبض المقاطِعُ ولا المكاتِبُ شيئاً وكان المتروك لا يفي بما لهما على المكاتَبِ؛ تحاصا في المتروك، المقاطع بما قاطع والمتمسك بجميع نصيبه. ورأى اللخمي أن القياس أن يحاص المقاطع بأقل حقه؛ لأنه لم يرضَ بالإسقاط [٧٦١/ ب] إلا على أن يبدأ، فإذا لم يتم له مراده بقي على أصل حقه.

وَلَوْ أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ حُمِلَ عَلَى أَنَّهُ وَضَعَ الْمَالَ عَنْهُ، إلا أَنْ يُفْهَمَ قَصْدُ الْعِتْقِ

إذا كان مكاتب بين رجلين فأعتق أحدهما نصيبه حمل على أنه وضع عنه المال، وأنه أسقط عنه حق نصف كل نجم، إلا أن يصرح أنه قصد العتق، أو يفهم ذلك عنه فيكون إعتاقاً ويقوم عليه.

اللخمي: إن عجز؛ يعني: أَنَّا إذا قومناه، إلا أن يكون فيه نقل الولاء. قال: لو كان له كله وأراد العتق؛ لنجز عليه عتقه، وهذا قول مالك وابن القاسم. وقال المغيرة: إنَّ وضع أحد الشريكين نصيبه من الكتابة كعتقه ويقوَّم عليه، وهو أظهر؛ لأن حقيقة العتق غير وضع المال، ورأى في الأول أن الإعتاق الإخراج من الملك والمملوك، إلا أن المكاتب إنما هو المال لا الرقبة.

ابن يونس عن بعض شيوخه: ولو أعتق عضواً من مكاتبه؛ كقوله: يدك حرة. لعتق جميعه عليه؛ لأنه قاصد للعتق بها لا لوضع المال، بخلاف إذا أعتق منه جزءًا كالنصف والثلث، ولعل المصنف احترز بهذا بقوله: (**نَصِيبَهُ**) ثم إن ما ذكره المصنف مقيد بما إذا كان في الصحة، فقد قال في المدونة: لو أعتق قسطاً من مكاتب له عند الموت، أو أوصى بذلك، أو وضع له من كتابته؛ فذلك عتاقة، لأنه ينفذ من ثلثه على كل حال؛ أي: يريد أنه لو جعل ذلك وضع مال ثم عجز فَرَقَّ للورثة؛ صاروا لم ينفذوا وصية الميت، والميت أراد إبتالها وألا يعود إليهم شيء منها، وأما الصحيح فإنما أراد التخفيف على المكاتب وأنه إن عجز كان رِقًّا.

فرع:

ابن سحنون: ومن قال لعبده اخدم فلاناً سنة وأنت حرٌّ، فوضع عنه المخدَمِ نصف الخدمة، فإن أراد أنه يترك له خدمته ستة أشهر؛ فهو كذلك، وإن أراد أنها ملك لك تشاركني في الخدمة ويصير لك ملكاً، كان حرًّا مكانه كله، كمن وهب لعبده نصف خدمته. قلت لسحنون: فلم قلت في هذا المخدم إذا وهب نصف خدمته أنه يعتق عليه، وإن أعتق نصف مكاتب لم يعتق عليه وكان وضع مال ؟ قال: هو مفترق ولا أقول فيه شيئاً.

ابن سحنون: الخدمة مقام الرقبة.

ابن يونس: فهبة بعضها كهبة بعض الرقبة؛ لأن من عجل عتق عبده على خدمة سنة تعجل عتقه ولا خدمة عليه؛ لأن ذلك بقية رقبته، فهو كمن أعتق بعض عبده، والمكاتب إنما يملك منه مالاً فعتقه نصفه وضع لنصفها عليه، إلا أن يقصد عتق الرقبة كما ذكرنا.

فَلَوْ قَالَ: إِنْ كَلَّمْتَ فُلاناً فَنِصْفُكَ حُرٌّ، فَكَاتَبَهُ ثُمَّ كَلَّمَ فُلاناً وُضِعَ النِّصْفُ، فَلَوْ عَجَزَ رُقَّ كُلُّهُ...

هكذا في المدونة، وشبهه أشهب بمن أعتق نصف مكاتبه، ولو حنث أحد الشريكين بعد أن كاتبها وضعت عنه حصته، قال: ولو كان عتقاً لقوم عليه. اللخمي: وأجراه على مثل المسألة الأولى، لما كانت يمينه على بر، فقال: إن كلمتك، ولو كان على حنث، فقال: لأفعلن؛ لكان عتقاً. وعلى قول المغيرة في المسألة السابقة يكون بها عتقاً، وهو الظاهر هنا، وما في الموازية مشكل، وكذلك قول أشهب، فإن اللزوم في الحنث في اليمين إنما هو ما ألزمه الحالف حين الحلف، والفرض أن اليمين سبقت الكتابة، فإذاً الحالف لم يقصد المال وإنما قصد العتق، فينبغي أن يلزمه ذلك، وقد تقدم في المسألة السابقة أنه يلزمه العتق متى صرح به وفهم أنه أراده.

وَإِذَا كُوتِبَتْ جَمَاعَةٌ لِوَاحِدٍ وُزِّعَتْ عَلَى قُدْرَتِهِمْ عَلَى الأَدَاءِ وَكَانُوا كُفَلاءَ وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ بِخِلافِ حَمَالَةِ الدُّيُونِ، وَلا يُعْتَقُ أَحَدٌ إِلا بِالْجَمِيعِ، وَيُؤْخَذُ الْمَلِيءُ بِالْجَمِيعِ، وَلا يُوضَعُ شَيْءٌ لِمَوْتِ وَاحِدٍ مِنْهُمْ، وَيَرْجِعُ مَنْ أَدَّى عَلَى غَيْرِهِ عَلَى حُكْمِ ذَلِكَ التَّوْزِيعِ مَا لَمْ يَكُنْ مِمَّنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِمْ...

(**لِوَاحِدٍ**) أي: لمالك واحد، واحترز مما لو تعدد المالك؛ فإنه لا يجوز عقد الكتابة حينئذٍ كما سيأتي. (**وُزِّعَتْ**) أي: الكتابة على قدرة قوة المكاتبين على الأداء يوم عقدها، هذا مذهب المدونة ونحوه في الموازية. قال: يقضى عليهم على قدر عنائهم كذا يوم عقدت، فقد يكون من لا يملك اليوم شيئاً أرجى بعد اليوم ممن عنده اليوم، فليجعل على كل واحد منهم بقدر ما يكون يطيق.

ابن القاسم: على قدر قوته وخدمته واجتهاده يوم عقدت الكتابة.

اللخمي: وفي الموازية قول آخر؛ أنها تقسم على العدد، وذكره ابن يونس وغيره عن عبد الملك، ونقل اللخمي عنه غير هذا، وهو أنها تقسم على قدر القوة وقيمة الرقاب، واختار هو أن تقسم على قدر القوة، وقيم الرقاب على حسب ما يرى أنه يكاتب به كل واحد منهم بانفراده، فقد يتساوون في القوة على الأداء وثمن أحدهم عشرة دنانير والآخر مائة، فمعلوم أن السيد لو كاتبهم على الانفراد لم يسوِّ بينهم؛ لأن الغالب من السيد أنه يطلب الفضل. وحكي عن أشهب أنه تقسم بينهم على قدر قيمة رقابهم يوم الكتابة.

ابن عبد السلام: وهكذا كان ينبغي أن يكون حكم الصغير الموجود يوم الكتابة وهو قادر على السعي، وإن كان اللخمي اعتبر ذلك مع النظر إلى تجرد حاله، ولم يحك فيه خلاف، كما أنه لم يختلف في الصغير الذي لا يقدر على الكسب حتى أدى الكتابة أنه لا شيء عليه، واختلف إذا قوي على السعي بعد مضي بعض النجوم، فقال أشهب: يكون بقدر ما يطيق يوم وقعت الكتابة؛ لأنه حينئذٍ وقعت عليه حمالة الكتابة.

قوله: (**وَكَانُوا كُفَلاءَ وَإِنْ لَمْ يَشْتَرِطْ**) أي: كونهم كفلاء. مالك: وهي سنة الكتابة، وذكر [٧٦٢/ أ] في الموطأ أنه الأمر المجتمع عليه.

وقوله: (**بِخِلافِ حَمَالَةِ الدُّيُونِ**) فلا تلزم الكفالة فيها إلا بالشرط.

قوله: (**وَلا يُعْتَقُ أَحَدٌ**) أي: أحد منهم إلا بالجميع، وهو من ثمرة كونهم حملاء.

وقوله: (**وَيُؤْخَذُ الْمَلِيءُ بِالْجَمِيعِ**) مفهومه: أنه لو كانوا أملياء لا يؤخذ منهم واحد بالجميع، وهو المشهور في حمالة الديون، وهو أيضاً منصوص عليه هنا، إلا أن في الموازية: ليس للسيد أخذ أحد المكاتبين بجميع ما على جملتهم مع قوتهم على الأداء.

الباجي: فإن تعذر القبض من أحدهم فإن عجز، قال في الموازية: أو تغيب فله الأخذ من غيره.

قوله: (**وَلا يُوضَعُ شَيْءٌ لِمَوْتِ وَاحِدٍ مِنْهُمْ**) ذكر في الموطأ أنه مجمع عليه. اللخمي: والقياس أنه يحط عنه ما ينوبه؛ لأن كل واحد منهم اشترى نفسه بما ينوبه من تلك الكتابة، فمن مات مات في الرق وسقطت الحمالة عنه.

قوله: (**وَيَرْجِعُ مَنْ أَدَّى عَلَى غَيْرِهِ عَلَى حُكْمِ ذَلِكَ التَّوْزِيعِ**) هو مذهب المدونة، ونسب فيها: وإن أدى أحدهم عن بقيتهم؛ رجع من أدى على بقيتهم بحصتهم من الكتابة بعد أن تقسم الكتابة عليهم بقدر قوة كل واحد منهم على الأداء يوم الكتابة لا على قيمة رقبته. وقول ابن عبد السلام: أن ما ذكره المصنف ما ذكره أحد، إلا أن اللخمي قال: إنه القياس، ليس بظاهر. وقال أشهب: يرجع عليهم على قدر قيمتهم يوم كوتبوا. وقال مطرف وابن الماجشون: على قدر قيمتهم يوم عتقوا لا يوم كوتبوا. وقال أصبغ: يرجع على قدر قيمتهم يوم كوتبوا أو حالهم يوم عتقوا، أن لو كانت حالهم يوم كوتبوا. وقيل: يرجع على قدر عددهم.

وقوله: (**مَا لَمْ يَكُنْ مِمَّنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِمْ**) هذا شرط في الرجوع؛ يعني: إذا أدى أحد المكاتبين عن بعض فإن المؤدي يرجع على من أدى عنه، إلا أن يكون ممن يعتق عليه فلا يرجع حينئذٍ عليه، وهذا خلاف مذهب المدونة، فإن الزوجة لا يرجع عليها وهو يصح ملكه لها، وإنما الذي ذكره المصنف مذهب ابن القاسم وعبد الملك وابن عبد الحكم خارج المدونة، وروى ابن وهب عن مالك: أنه لا يتبع إخوانه وكل ذي رحم منه.

ابن المواز: ثم سئل بعد ذلك، فقال: كل من كانت لهم رحم يتوارثون بها، فإنه لا يرجع بعضهم على بعض. ثم سئل أيضاً، فقال: أما الإخوة والولد؛ فإنه لا يرجع بعضهم على بعض، وأما الأباعد فنعم. وقال أشهب: لا يرجع كل ذي رحم منه وإن كان ممن لا يعتق عليه بالملك ولا بينه وبينه ميراث، لا خالته ولا عمته ولا أحد بينهم رحم، وقد دار الفقه فيها الفروع بين أصلين؛ العتق على القريب، وهبة الثواب له، فيرد إلى أيِّ الأصلين هو أقوى به شبهاً.

وَلَوْ أَعْتَقَ السَّيِّدُ مَنْ لَهُ قُوَّةٌ عَلَى الْكَسْبِ؛ لَمْ يَتِمَّ إلا بِإِجَازَةِ الْبَاقِينَ وَقُوَّتِهِمْ عَلَى السَّعْيِ، فَتُوضَعُ حِينَئِذٍ حِصَّتُهُ عَنِ الْبَاقِي...

احترز بقوله: (**لَهُ قُوَّةٌ عَلَى الْكَسْبِ**) ممن أعتق صغيراً لا أداء فيه، أو صغيراً لا يبلغ السعي في الكتابة، فإن عتقه يتم ولا يتوقف على إجازة الباقين؛ إذ لا منفعة لهم فيهما، ورد عتقهما من الضرر.

وقوله: (**لَهُ قُوَّةٌ عَلَى الْكَسْبِ**) ظاهره سواء كانت قوته مساوية للباقين أو أقوى أو أضعف، وهو مذهب ابن القاسم.

اللخمي: وقيل لا يجوز إذا كان المعتق أقواهما وكانا متساويين؛ لأنا لا ندري ما يصير إليه حال الباقين من الضعف. وحكى ابن الجلاب قولاً: بأنه لا يجوز له عتق من له قوة على السعي، ولو أذن لهما لبقيت، وظاهره لو كان أضعف من الباقين في السعي.

ابن يونس: وينبغي أن ينظر في أي ذلك أنفع لهم؛ من إجازة عتقه لضعفه عن السعي، أو رده لقوته فيه.

وقوله: (**لَمْ يَتِمَّ إلا بِإِجَازَةِ الْبَاقِينَ**) وقوله: (**عَلَى السَّعْيِ**) يعني: أنه إنما يجوز عتق من له قوة على السعي بشرطين؛ **الأول**: أن يجيزه الباقون؛ لأن كل واحد منهم حميل بما على الآخر، فلو أجزنا عتق السيد أحدهم بغير رضا الباقين كان فيه إسقاط حقهم في الحمالة. **والثاني**: أن يكون في الباقين قوة على الكسب؛ لأن الباقين إذا لم يكونوا قويين على الكسب كان ذلك مؤدياً إلى إرقاقهم، فأجرى اللخمي قولاً في المسألة آخر بإمضاء إجازتهم من أحد القولين، فإن رضي المكاتب بالتعجيز -وحيث أجزنا من له قوة على السعي- فإنه يسقط عنه قدر نصيبه من الكتابة.

وَأَمَّا عَبْدٌ لَكَ وَعَبْدٌ لِغَيْرِكَ فَلا يجْتَمِعَانِ

هذا هو الذي احترز منه بقوله لواحد، وعلته أنه لو هلك أو عجز أحدهما؛ أخذ سيد الهالك مال الآخر باطلاً.

سحنون: فإن نزلت فالكتابة صحيحة؛ لأن الحمالة لا تبطل الكتابة، ولم يتكلم في المدونة على حكم النزول، فيحتمل أن يكون قول سحنون خلافاً ووفاقاً. وأشار اللخمي إلى تخريج الخلاف فيها: هل يفسد، أو يبطل الشرط فقط؟ وعلى البطلان هل يفوت بالاقتضاء، أو باقتضاء نجم أو صدر منها على ما تقدم في الشرط؟ وهذا كله إن دخلا على الحمالة، وإن كان السيدان عقدا الكتابة على الحمالة، فقال الباجي: إنها جائزة، ويجعل على كل واحد من العبدين ما ينوبه من جملة الكتابة، وأشار إلى أنه لا يختلف فيه كما اختلف في جمع الرجلين سلعتيهما في البيع.

فرع:

واختلف إذا كان العبدان شركة بين رجلين؛ فلم يجز أشهب جمعهما في كتابة واحدة، قال: لأن كل عبد تحمل لغير سيده، إلا أن يسقط حمالة [٧٦٢/ ب] بعضهم عن بعض فيجوز. وقال ابن ميسر: ليس كما احتج؛ لأن لكل واحد نصف عبد، فإنما يقبض كل واحد عن نصفه نصف الكتابة، فلم يقبض أحدهما عن غير ملكه شيئاً.

وَلا يُبَاعُ مُكَاتَبٌ، وَلا يُنْزَعُ مَالُهُ

هذا مذهبنا، لا يجوز بيع المكاتب. قال في المدونة: ولو رضي؛ لأن الولاء قد ثبت لعاقد الكتابة، والولاء لا يجوز نقله، ويتخرج على قول من قال من أصحابنا إن للمكاتب أن يعجز نفسه جواز البيع إذا رضي، قاله ابن القاسم في الدمياطية، فقال: إذا باع السيد رقبته برضاه جاز، فإن بيع على المشهور فسخ، إلا أن يفوت بإعتاق المشتري له؛ فيمضي

العتق ويكون ولاؤه للمشتري على المشهور، وقيل: ينتقض العتق ولا ينتزع ماله؛ أي: سواء اكتسبه قبل الكتابة أو بعدها، ونص في المدونة على أن ماله يتبعه، وإن كتب: إلا أن يشترطه سيده حين كتابته؛ فذلك المال للسيد، وهو أحسن إذا كان يرى أنه لو علم به السيد لا ينتزعه ويكاتبه، وإن كان يرى أنه يقره ويزيده في الكتابة؛ كان للسيد ألا يزيد ذلك القدر في الكتابة.

نَعَمْ تُبَاعُ الْكِتَابَةُ لا نَجْمٌ مِنْهَا، وَفِي بَيْعِ جُزْءٍ مِنْهَا قَوْلانِ

لما ذكر أنه لا يجوز بيع المكاتب ذكر أنه يجوز بيع الكتابة، ومنع من بيعها وبيعه عبد العزيز بن أبي سلمة.

اللخمي: وهو أقيس للغرر؛ لأنه إذا كان للمشتري الكتابة فقط، وإن عجز عند أول نجم كان له الرقبة فقط، وإن عجز عند آخر نجم كانت له الكتابة والرقبة.

اللخمي: وأصل سحنون في مثل هذا أنه يمنع البيع مع الاختيار، ويجوز عند الضرورة لفقر أو فلس، كما قال في بيع العبد بعد الإحرام، والأمة يعتق ولدها وهو رضيع، فيباع ويشترط على المشتري كونه معها ومؤنته.

ابن عبد السلام: وظاهر كلام سحنون أنه يجوز بيع الكتابة اختياراً، ولا يجوز بيع نجم منها لأنه غرر؛ إن عجز بعد اقتضاء ذلك النجم أخذ ما ينوبه من الرقبة إلى غير ذلك، وهذا إذا كان النجم معيناً، وأما غير المعين كنجم من ثلاثة أو أربعة؛ فالمنصوص الجواز، وهو يرجع إلى بيع جزء منها، وقد حكى المصنف في الجزء قولين، وكذلك اختلف في المكاتب بين الشريكين يبيع أحدهما حصته من الكتابة، وحصل ابن رشد في هذا الفرع والذي قبله ثلاثة أقوال؛ **الأول** لابن القاسم: لا يجوز فيهما. **الثاني**: مقابله لأصبغ وسحنون. **والثالث** لمالك في الموطأ: يجوز لأحد الشريكين بيع نصيبه منها، ولا يجوز إذا كان العبد لواحد بيع

جزء منها، واختار جماعة الجواز فيهما؛ إذ لا فرق بين الكل والجزء، وهو أيضاً منقول عن ابن القاسم وأشهب، وإنما يجوز لأحد الشريكين بيع حصته منها على مذهب من أجازه، وإذا باعها من أجنبي دون المكاتب؛ لأن ذلك كقطاعة، ولا يجوز مقاطعته على نصيب دون إذن شريكه.

فَإِنْ وَفَّى فَالْوَلاءُ لِلأَوَّلِ، وَإِنْ عَجَزَ اسْتَرَقَّهُ مُشْتَرِيهَا

أي: إذا بيعت كتابة المكاتب، فإن أدى عتق والولاء للبائع؛ لأن الولاء قد انعقد له، وإن عجز، زاد في الموطأ: أو هلك قبل أن يؤدي الكتابة ملكه المشتري. وكذلك الحكم في بيع الجزء، اختلف فيمن وهب كتابة مكاتب لرجل فعجز المكاتب، هل تكون رقبته للواهب أو للموهوب، واختلف إذا اطلع مشتري الكتابة على عيب بالمكاتب، فقال أبو بكر بن عبد الرحمن: ينظر، فإن أدى كتابته فلا رجوع للمشتري بشيء؛ لأنه قد حصل له ما اشترى، وإن عجز فله رده ويرد معه جميع ما أخذ من كتابته، ولم يكن ذلك كالغلة؛ لأنه إنما اشترى الكتابة. وقال غيره: ليس عليه أن يرد شيئاً مما قبض من الكتابة؛ لأن ذلك كالغلة، قال: وله رده وإن لم يعجز، فحجته أنه بالعجز يرق، ثم لا يرد معه ما قبض من كتابته؛ لأن الأمر كان فيه مترقباً ما يدري ما يحصل له الرقبة بالعجز أو الكتابة، فلما عجز فكأنه إنما اشترى الكتابة، فكان ما قبض غلة.

وَيُشْتَرَطُ فِي بَيْعِهَا مَا يُشْتَرَطُ فِي بَيْعِ الدَّيْنِ

يعني: يشترط في بيع الكتابة من أجنبي ما يشترط في بيع الدين، فتشترط السلامة من الربا وبيع الدين بالدين، ومن بيع الطعام قبل قبضه، فلو كاتبه بطعام إلى أجل؛ لم يجز أن يباع بعرض أو غيره، لبيع الطعام قبل قبضه ونحو ذلك، ولا يريد المصنف -والله أعلم- أنه مثل الدين من أجنبي في كل الوجوه حتى يشترط حضور المكاتب وإقراره كما يشترط في المديان، فإن الغرر من هذا الوجه ومن غير وجه مغتفر في بيع الكتابة.

بِخِلافِ بَيْعِ السَّيِّدِ لهَا مِنَ الْعَبْدِ

قد تقدم ذلك.

وَتَصَرُّفَاتُ الْمُكَاتَبِ كَالْحُرِّ إِلا فِي التَّبَرُّعِ وَالْمُحَابَاةِ وَيُرَدُّ عِتْقُهُ، وَلا يُعْتَقُ قَرِيبُهُ

عطف (**الْمُحَابَاةِ**) على (**التَّبَرُّعِ**) لتباينهما في العرف. فالتبرع: ما خرج من غير معاوضة. والمحاباة: ما كان من زيادة في البيع أو الثمن، وأخر المحاباة لأنه قد يتوهم من خروجه لتشوش الشرع له، وأيضاً: فإن الكلام الأول في المنع ابتداء، وهذا في الرد، وإذا رد العتق مع حرمته فأحرى غيره، وإذا رد السيد عتقه فلا يلزم ذلك المكاتب إن أعتق، نص عليه في المدونة، واستحسن اللخمي أن يوقف فلا يمضي ولا يرد ولا يباع، فإن أدى المكاتب ما عليه مضى عتقه، وإن عجز رد عتقه، إلا أن يكون المكاتب قليل المال، ويرى أنه يضر به إيقافه فيرد، إلا إن قال: وعتقه بإذن سيده جائز إذا [٧٦٣/ أ] كان كثير المال لا يخاف عليه أن يؤدي إلى عجزه، ويختلف فيه إذا خيف عليه لأجل العجز قياساً على قوله: إذا رضي بالعجز وله مال ظاهر.

قوله: (**وَلا يُعْتَقُ قَرِيبُهُ**) ظاهر؛ لأنه من جملة التبرعات.

وَيُكَاتَبُ بِالنَّظَرِ

أي: على وجه ابتغاء الفضل، ففي المدونة: وكتابة المكاتب عبده على ابتغاء الفضل جائزة، وإلا لم يجز، وكذلك قوله للعبد: إن جئتني بكذا فأنت حر، ويشترط في المال ألا يكون مملوكاً للعبد حين عقد ذلك؛ إذ لا نظر في ذلك لهم، وجاز هذا للمكاتب؛ لأنه عقد معاوضة، والله أعلم.

وَيَتَسَرَّى مِنْ غَيْرِ إِذْنِهِ

لأن ذلك لا يعيبه إذا عجز بخلاف النكاح، وينبغي أن يقيد هذا بالتسري الذي لا يؤدي لعجزه غالباً، وإلا ففي السراري من العلى من يقارب الأحرار في النفقة وغيرها وتزيد، لكن النكاح عندهم عيب عجزه، ويرجع إلى السيد معيباً بخلاف التسري.

وَلا يَتَزَوَّجُ إِلا بِإِذْنِهِ

أي: لا يجوز له بغير إذنه؛ لأن ذلك يعيبه إذا عجز. وقوله: (**إِلا بِإِذْنِهِ**) ظاهره أنه لا يفتقر إلى إذن غيره، وهو مقيد بما إذا لم يكن معه غيره.

أشهب: وإن كان معه في الكتابة غيره؛ فليس لسيده إجازة نكاحه إلا بإجازة من معه، إلا أن يكونوا صغاراً فيفسخ على كل حال، ويترك لها إن دخل ثلاثة دراهم، ولا يتبع إن عتق بما بقي.

وَلا يُكَفِّرُ إِلا بِالصِّيَامِ

يعني: لا يكفر بعتق ولا إطعام، أما العتق فلعدم الولاية، وأما الإطعام فقد تقدم الخلاف فيه في باب الظهار.

وَلا يُسَافِرُ سَفَراً بَعِيداً بِغَيْرِ إِذْنِه

احترز بالبعيد من القريب؛ فإنه جائز، قاله ابن القاسم. ونقل اللخمي أنه منع السفر مطلقاً، ورأى اللخمي المنع إذا كان صانعاً ونحوه؛ لأن القصد سعايته في الحاضرة، والجواز إن كان شأنه السفر قبل ذلك.

وَإِذَا اشْتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَى سَيِّدِهِ صَحَّ، فَإِنْ عَجَزَ عَتَقَ

(**صَحَّ**) أي: الشراء، ولم يعتق على السيد؛ لأن المكاتب قد أحرز نفسه وماله، وإذا صح الشراء فللمكاتب بيعه ووطؤها إن كانت أمة، وقاله ابن القاسم في الموازية، فإن

عجز المكاتب عتق العبد على السيد، فإن قيل: لا يعتق على سيد مأذون له إلا ما اشتراه المأذون له غير عالم، وهاهنا المكاتب قد يشتري وهو غير عالم بأن ذلك العبد يعتق على سيده. قيل: لما أبيح للمكاتب اشتراؤهم أولاً صار أقل أموره كالمأذون يشتري وهو عالم.

وَوَلَدُ الْمُكَاتَبَةِ بَعْدَ الْكِتَابَةِ وَوَلَدُ الْمُكَاتَبِ مِنْ أَمَتِهِ بَعْدَ الْكِتَابَةِ فِي حُكْمِهَا، بِخِلافِ مَا قَبْلَهَا إِلا أَنْ يَشْتَرِطَهُمْ...

أي: ما ولد للمكاتبة بعد عقد الكتابة، سواء حملت به بعد العقد أو قبله، وكذلك ولد المكاتب من أمته يشترط أن يحدث بعد الكتابة، وأما لو حملت به قبلها فلا يدخل؛ لأنه ملك للسيد.

وقوله: (**فِي حُكْمِهَا**) أي: في حكم الكتابة. واحترز بقوله: (**مِنْ أَمَتِهِ**) مما لو كان من زوجته فإنه لا يتبع؛ لأنها إن كانت حرة فالولد حر، وإن كانت أمة فالولد رقيق لسيدها.

وقوله: (**بِخِلافِ مَا قَبْلَهَا**) أي: فلا يدخل إلا أن يشترطاهم؛ أي: المكاتب والمكاتبة.

وَلَوْ وَطِئَ السَّيِّدُ مُكَاتَبَتَهُ أُدِّبَ وَلا مَهْرَ، فَإِنْ نَقَصَهَا فَعَلَيْهِ الأَرْشُ إِنْ أَكْرَهَهَا

يعني: ولا حد للشبهة. قال في المدونة: ويعاقب، إلا أن يعذر بجهل، والمذهب سقوط المهر خلافاً للحسن، نعم إن نقصها فعليه الأرش، هكذا في المدونة، وقيده ابن يونس، فقال: يريد إذا كانت بكراً. وقال اللخمي: لا شيء لها إن كانت ثيباً؛ لأن ذلك لا ينقص من ثمنها، وعلى هذا فالتقييد مأخوذ من المدونة، واحترز المصنف بالإكراه لو طاوعته فإنه لا شيء عليه، لا صداق ولا ما نقصها، قاله في المدونة.

ابن يونس: ولو كانت بكراً.

وَلَوْ حَمَلَتْ خُيِّرَتْ فِي بَقَاءِ الْكِتَابَةِ وَأُمومَةِ الْوَلَدِ مَا لَمْ يَكُنْ ضُعَفَاءُ أَوْ أَقْوِيَاءُ إِنْ لَمْ يَرْضَوْا، فَإِنِ اخْتَارَتِ الأُمُومَةَ وَرَضَوْا؛ حُطَّتَ حِصَّتُهَا...

ظاهره: أنها تخير في التعجيز ولو كانت قوية على السعي، وقاله محمد وسحنون، وعلله ابن يونس بمراعاة الخلاف، فابن القاسم قال: إذا حملت بطلت كتابته وصارت أم ولد، فلذلك كان لها تعجيز نفسها.

اللخمي: تعجيزها نفسها ليس بالبين؛ لأنه انتقل عن عتق ناجز إلى عتق بعد موت، وقد تموت قبله رقيقاً، واختلف إذا مضت على كتابتها في نفقتها، فقال سحنون وابن حبيب، ونقله عن أصحاب مالك: لها النفقة ما دامت حاملاً قياساً على المبتوتة الحامل. وقال أصبغ: لا نفقة لاختيارها حكم الكتابة، أما إن عجزت بعد اختيارها الكتابة فهي على حكم أمومة الولد.

وقوله: (**مَا لَمْ يَكُنْ**) هو شرط في التخيير، وقد تقدم معناه إذا أعتق السيد بعض المكاتبين، وكذلك تقدم أنه يحط عنهم حصة المعتق، ولو اختارت الكتابة ثم عجزت؛ فإنها لا ترق، بل ترجع إلى حكم أمومة الولد، وتعتق بموت سيدها، قاله في الجلاب.

وَإِذَا جَنَى وَلَوْ عَلَى سَيِّدِهِ فَالأَرْشُ، فَإِنْ عَجَزَ رُقَّ، ثُمَّ يُخَيَّرُ سَيِّدُهُ بَيْنَ إِسْلامِهِ وَفِكَاكِهِ

يعني: إذا جنى المكاتب على غيره، وجنايته على سيده كجنايته على الأجنبي؛ لأنه أحرز نفسه وماله، ووجب عليه الأرش، فإن أدى بقي على كتابته، وإن عجز فهو عجز عن الكتابة ويرجع رقيقاً، فيخير سيده في إسلامه فيكون رقيقاً للمجني عليه، وفي فكاكه فيكون رقيقاً له.

مالك: ولا ينجم على المكاتب الأرش [٧٦٣/ ب] كما ينجم على العاقلة.

ابن وهب: قال عطاء وابن شهاب: بذلك مضت السنة.

محمد: وإذا قال المكاتب لما طولب بالأرش: ما عندي شيء، فقد عجز ويخير سيده، وإن قال: عندي ولكن أؤدي إلى أيام، فلا يرد، ويقول له السلطان: إن تؤديه وشبهه وإلا فأنت رقيق، فإن أداه وإلا عُجِّز.

اللخمي: وإن أدى عنه سيده الأرش على أن يرجع عليه بها أدى؛ بقي على حاله مكاتباً؛ لأن الجناية سقطت، وإن أدى عنه ليتبعه؛ فعلى مذهب من يرى أنه يجبره على الكتابة، يجوز ذلك وتكون كتابةً من السيد مبتدأة، وعلى مذهب من يرى أنه لا يجبره على الكتابة يرجع؛ لأنه من عجز الأرْش فيجب إرقاقه، وقد دفع السيد ذلك عنه فداء له.

وَلَوْ جَنَى عَبْدٌ مِنْ عَبِيدِ الْمُكَاتِبِ فَدَاهُ بِالنَّظَرِ

في كلامه حذف معطوف تقديره: فداه أو أسلمه بالنظر.

وَلَوْ أَعْتَقَ السَّيِّدُ مُكَاتَباً بَعْدَ الْجِنَايَةِ لَزِمَهُ الْفِدَاءُ

نحوه في الجواهر، وظاهره أنه لا يقبل قول السيد: لم يرد حملها، وينبغي أن يقيد بذلك كما نص عليه في المدونة في المدبر إذا أعتقه سيد، فإن أراد حمل الجناية فذلك له، وإن قال: ظننت أنها تلزم ذمته وإن كان حرًّا يتبع؛ حلف على ذلك ثم رد عتقه، فإن كان للعبد مالٌ قدر الجناية، أو وجد معيناً على أدائها مضى عتقه، ولعل ما ذكره المصنف وابن شاس إنما يجري على مذهب المغيرة: أنه إذا أعتق عالماً بالجناية أنه ضامن، كما لو أولد أمته.

وَلَوْ قُتِلَ فَلِلسَّيِّدِ الْقِيمَةُ عَلَى أَنَّهُ مُكَاتَبٌ

هذه إحدى الروايتين عن مالك، وهو مذهب المدونة عند أبي عمران وغيره، قال فيها: وعلى قاتل المكاتب قيمته عبداً مكاتباً في قوة مثله على الأداء وضعفه. قيل لأبي عمران: لِمَ قال: يقوم مكاتباً على قدر أدائه، ولم يقل: يقوم عبداً؟ قال: من أجل أن للمكاتب زيادة فيه؛ لأنه يراد فيه من أجل اجتهاده في خروجه من الرق. وروي عن

مالك، وهو مذهب المدونة عند جماعة: أنه يقوم عبداً؛ لأن الكتابة بطلت بقتله، بخلاف الجناية عليه فيما دون النفس، فإنه يلزمه فيه الأرش على أنه مكاتب؛ لأن حكم الكتابة باقٍ لم يبطل لبقاء ذاته.

وَإِذَا تَنَازَعَا فِي الْكِتَابَةِ أَوِ الأَدَاءِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ السَّيِّدِ

يعني: إن ادعى العبد أن السيد كاتبه وأنكر السيد، أو ادعى المكاتب دفع الكتابة وأنكر السيد، فالقول قول السيد فيهما؛ لأنه مدعى عليه، إذ الأصل عدم الكتابة والأداء، ولا يمين على السيد في الأولى، وينبغي أن يحلف في الثانية، فإن نكل حلف المكاتب وعتق.

وَيَثْبُتُ الأَدَاءُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ بِخِلافِ الْكِتَابَةِ

هذا نحو ما قدمه المصنف في باب الشهادات، حيث قال: ونجوم الكتابة وإن عتق بها فتجوز برجل وامرأتين، بخلاف الكتابة فإنها لا تثبت إلا بعدلين.

فرع:

واختلف هل يرد العتق بدين ثبت بشاهد ويمين، أو بامرأتين ويمين، أو شاهد وامرأتين، فظاهر المذهب أنه لا يرد بذلك، وقال القاضي إسماعيل: لا يرد العتق بذلك، وإنما يرد بذلك ما يثبت من العتق بعد الحكم بالمال، إلا أن يثبت أن شهادة الرجل والمرأتين وشهادة الشاهد الذي حلف معه كانت قبل العتق، وكذلك فسره عبد الملك ومحمد بن سلمة، إلا أن يكون معتقاً في وصيته فيشهد على الميت رجل وامرأتان، فقد علمنا بغير شهادتهما أن الحق كان قبل العتق. وقال مالك في الموطأ: يرد العتق بنكول السيد عن اليمين ويكون صاحب الحق، ومثله في العتبية والمجموعة.

وَإِذَا تَنَازَعَا فِي قَدْرِهَا أَوْ جِنْسِهَا أَوْ أَجَلِهَا فَفِي قَبُولِ قَوْلِ الْمُكَاتَبِ وَالسَّيِّدِ قَوْلانِ لابْنِ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبَ.

تصوره ظاهر، وهو يقتضي بصريحه أن الخلاف في الثلاث مسائل:

أما الأولى: وهي اختلافهما في المقدار. كما لو قال السيد: بألف، وقال المكاتب: بل تسعمائة. وقال ابن القاسم في المدونة: القول قول المكاتب إن كان قوله يشبه؛ لأن المكاتب فوت، كما لو اشترى عبداً فكاتبه ثم اختلفا في الثمن أن المبتاع مصدق، وشبه ذلك بما رجع إليه مالك إذا اختلف البائع والمبتاع أنهما يتحالفان ما لم تفت السلعة في يد المشتري، فيكون القول قوله. وقال أشهب: ما ذكر عنه المصنف القول قول السيد.

محمد: وحجته أن يقول للمكاتب: أنت مملوكي، فلا تخرج الكتابة إلا بما أقر لك به. واعلم أن أشهب إنما قال هنا: القول قول السيد، فقال اللخمي: الرواية ناقصة. وإنما معنى ذلك أن يحلف السيد، ثم يقال للعبد: ترضى بما عليه السيد وإلا فاحلف وتفسخ الكتابة، كما في البيع سواء.

المازري: وقد لا يحتاج إلى هذا التأويل، ويكون أشهب رأى أن القول قول السيد مطلقاً، بناء على القول أن للسيد أن يجبر عبده على الكتابة؛ لأن السيد يقول: لا فائدة في يمين العبد، لأنه بعد أن يحلف تفسخ الكتابة؛ أجبره عليها بذلك.

وخرج اللخمي على قول أشهب: تفسخ الكتابة. اشتراط السيد وطء مكاتبته أو على أن ولدها له ما لم يؤدِّ نجماً، أنهما هنا يتحالفان ويتفاسخان ما لم يؤدِّ نجماً، فإن أداه تحالفا ورجع إلى كتابة المثل ما لم يكن أكثر مما ادعاه السيد فلا يزاد، أو أقل مما قاله المشتري، وكل هذا إذا أتيا جميعاً بما يشبه، وإن أتى أحدهما [٧٦٤/ أ] بما لا يشبه؛ فالقول قول الآخر مع يمينه، سواء اختلفا قبل أداء نجم أو بعده.

وفي تخريج اللخمي نظر؛ لأن شرط الكتابة لا يحل اتفاقاً، وإنما رأى من قال ببطلان الكتابة أنها فاسدة، فكانت كالبيع الفاسد، بخلاف اختلاف السيد ومكاتبه، فإن ذلك لا يوجب فساداً كاختلاف المتبايعين.

وأما الثانية: فهي اختلافهما في الجنس. كما لو قال أحدهما بثياب، وقال الآخر بخلافها، فلم أر قول ابن القاسم وأشهب فيها كما يوهم كلام المصنف، ولهذا أجرى اللخمي على قول ابن القاسم: أن الكتابة فوت ويتحالفان ويكون على كتابة مثله من العين، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر؛ فالقول قول الحالف، وإن قال أحدهما عيناً والآخر عرضاً؛ فالقول لمدعي العين، إلا أن يأتي بها لا يشبه. وسكت عن قول أشهب فيه.

وقال المازري: إذا اختلفا في الجنس؛ جرى على اختلاف المتبايعين في الجنس يتحالفان ويتفاسخان، ولا خلاف منصوص في البيع فيهما. وتذاكرت مع ابن عبد الصمد بسفاقص في هذه المسألة، فقال لي: فيها قول آخر؛ أن القول للبائع فاستغربته، فقال لي: هو منصوص لمالك في كتاب أبي إسحاق، فأخرج لي الكتاب فوجدته فيه.

وأما الثالثة: وهي اختلافهما في الأجل. فكلامه محتمل لأن يكون اختلافهما في وجوده وعدمه، أو في قدره، أو في حلوله. فأما الأول، فقال اللخمي: القول قول المكاتب أنها منجمة ما لم يأت من كثرة النجوم ما لا يشبه. قيل: المذهب كله عليه. وأخرج بعضهم فيها خلافاً من اختلاف قول مالك: إذا باع من رجل سلعة، فقال المشتري: بعتها مني إلى أجل، وقال هو: بل نقداً. ورده المازري: بأن العادة في الكتابة لا تكون إلا على التنجيم بخلاف البيع وافترقا، وأما الاختلاف في قدره. وفي المدونة: إن قال المكاتب منجمة على عشرة أنجم، وقال السيد على خمسة؛ صدق المكاتب مع يمينه، وإن أتى ببينة قضى بأعدلها، وإن تكافآ صدق المكاتب وكان كمن لا بينة له. قال غيره: يقضى ببينة السيد لأنها زادت، ونقل ابن يونس عن أشهب مثل قول ابن القاسم، وبه لا يتم أن يريد المصنف هذا الوجه؛ لأن أشهب لا يقول قول السيد، وإنما اختلافهما بحلول الأجل، ففي المدونة: القول قول المكاتب، قال: كمن أكرى داره سنة أو باع سلعة بدينار إلى سنة وادعى حلولها؛ فالمكتري أو المبتاع مصدق، ولم ينقلوا هنا قول أشهب، وبالجملة في كلام المصنف نظر، والله أعلم.

أُمَّهَاتُ الأَوْلادِ

الأم في اللغة: أصل الشيء، والجمع أمات. وأصل أم: أمهة، ولذلك يجمع على أمهات. وقيل: الأمهات للناس، والأمات للنعم، وأم الولد عبارة في اللغة عن كل من ولد لها ولد، وهي خاصة في استعمال الفقهاء بالأمة التي ولدت من سيدها، وجرت عادة الفقهاء بترجمة هذا الباب بالجمع، ولعل سبب ذلك تنويع الولد الذي تحصل به الحرية للأم، فقد يكون تام الخلقة، وقد لا يكون كذلك من مضغة وعلقة وغيرهما.

عياض: ولأم الولد حكم الحرائر في ستة أوجه وحكم العبد في أربعة. أما الستة: فلا خلاف عندنا أنهن لا يبعن في دين ولا غيره، ولا يرهن، ولا يؤجرن، ولا يسلمن في جناية، ولا يستسعين. وأما الأربعة: فانتزاع أموالهن ما لم يمرض السيد، وإجبارهن على النكاح على أحد القولين واستخدامهن، لكن في خفيف الخدمة فيما لا يلزم الحرة، وكونهن لسيدهن له فيهن من الاستمتاع ما في الإماء.

وَتَصِيرُ الأَمَةُ أُمَّ وَلَدٍ بِثُبُوتِ إِقْرَارِ السَّيِّدِ بِالْوَطْءِ، وَثُبُوتِ الإِتْيَانِ بِوَلَدٍ حَيٍّ أَوْ مَيِّتٍ عَلَقَةً فَمَا فَوْقَهَا مِمَّا يَقُولُ النِّسَاءُ: إِنَّهُ مُنْتَقِلٌ...

أي: وتصير الأمة أم ولد بمجموع شيئين؛ الأول: أن يقر السيد بوطئها. والثاني: أن يثبت الإتيان بولد، واحترز بالأول مما لو أنكر السيد الوطء، فإن الولد لا يلحقه، والمذهب أن اليمين لا تتوجه عليه؛ لأن ذلك من دعوى العتق. وقال عبد الملك: إذا ادعى الاستبراء يحلف وهو خلاف قول مالك، فعلى قوله ينبغي أن يحلف هنا، واختار اللخمي توجهها في العليا مطلقاً، وفي الوخش إن علم منه ميل لذلك الجنس. قال: وقد قيل: إنه لا يصدق في العليا إذا طال مقامها لكان له وجه، واحترز بالثاني مما لو أقر بالوطء وأنكر الولادة، فإن لم يكن مع الأمة ولد؛ فإن اليمين تتوجه عليه إذا ادعت عليه العلم،

وإن كان غائباً في الوقت الذي يقول أنها ولدت فيه ولم يحلف. واختلف إذا أتت بامرأتين على الولادة كلٌّ تكون أم ولد؟ فقال ابن القاسم: تكون بذلك أم ولد. وقال سحنون: إذا لم يكن معها ولد فلا تكون بذلك أم ولد. واختلف إذا كان معها ولد؛ ففي المدونة: يقبل قولها. وقيل: لا بد من امرأتين على الولادة. وقال محمد: يقبل قولها إذا صدقها جيرانها لواحد حضرها، وليس يحضر هذا الثقات. واختار اللخمي الرجوع إلى دلائل الأحوال في ذلك، وظاهر قول المصنف: وثبوت الإتيان بولد أنه لابد من امرأتين.

وقوله:(**عَلَقَةً فَمَا فَوْقَهَا**) ظاهره أنها لا تكون بها دون ذلك وهو مذهب أشهب، ومذهب ابن القاسم: أنها لا تكون بالدم المجتمع. قيل: وعلامة [٧٦٤/ ب] كونه ولداً إذا كب عليه الماء الساخن لا يذوب. وقوله:(**مُنْتَقِلٌ**) أي: يبين حملاً بعد ذلك.

وَلَوِ ادَّعَتْ سَقْطاً مِنْ ذَلِكَ وَرَأَى النِّسَاءُ أَثَرَ ذَلِكَ اعْتُبِرَ

يعني: إذا أقر بالوطء وادعت سقطاً بولد حي أو ميت علقة فما فوقها، وهو قوله (**مِنْ ذَلِكَ وَرَأَى النِّسَاءُ أَثَرَ ذَلِكَ اعْتُبِرَ**) هذا معنى ما في أمهات أولاد. المدونة، قيل: فإن أقرت بولد فأنكر السيد أن تكون ولدته؛ قال: سئل مالك عن المطلقة تدعي أنها قد أسقطت وانقضت عدتها ولا يعلم ذلك إلا من قولها؟ قال: لا يكاد يخفى عن الجيران الولادة والسقط وأنها لوجوه تصدق النساء فيها وهو الشأن، ولكن لا يكاد يخفى عن الجيران، فكذا مسألتك في ولادة الأمة، فظاهر هذا مثل ما ذكره المصنف في السقوط، وصرح في المدونة في كتاب القذف بما لم يصرح به في كتاب أمهات الأولاد في مسألة إنكار السيد الولادة، فقال: ومن أقر بوطء أمته فأتت بولد، فقال لها: لم تلديه ولم يدع الاستبراء، وقالت الأمة: بل لقد ولدته منك؛ فهي مصدقة والولد لاحق، فإذا قبل قولها في الولد مع احتمال بعد الزمان، فأحرى في السقط التي آثاره ظاهرة.

وَلَوِ ادَّعَى اسْتِبْرَاءً لَمْ يَطَأْ بَعْدَهُ لَمْ يَلْحَقْهُ وَلا يَحْلِفُ

هذا ظاهر المدونة كما ذكر سقوط اليمين، وهو قول مالك ونص الموازية، وألزمه عبد الملك ومطرف وعيسى اليمين، ورواه أشهب عن مالك.

وقال ابن مسلمة: يحلف إن اتهم، وإن نكل لحق به الولد ولم ترد اليمين. وقال المغيرة في أول قوله: لا ينبغي بالاستبراء جملة ولا يبرأ منه إلى خمس سنين، ومال إليه اللخمي مستدلاً بأن النفي بالاستبراء ضعيف؛ لأن الحامل تحيض عندنا، إلا أن تكون الأمة ممن يظن بها الفساد فيترجح القول بالفساد بالاستقراء، وإن كانت معروفة بالعفاف والصيانة لم ينتف به.

وَاسْتِبْرَاؤُهَا حَيْضَةٌ وَانْفَرَدَ الْمُغِيرَةُ بِثَلاثِ حِيَضٍ وَيَحْلِفُ

يعني: إذا قلنا أن له أن ينفي الولد بالاستبراء، فهل يكتفى بحيضة وهو المشهور، أو لا بد من ثلاث؟ ولم ينفرد المغيرة كما قال المصنف، فقد نقل ابن يونس عن مالك من رواية عبد الملك مثل قول المغيرة: أنه لا ينبغي إلا بثلاث حيض مع اليمين. قال سحنون: والذي ثبت عليه مالك حيضة ولا يمين عليه.

وعن المغيرة أيضاً: أنها حيضة، ثم رجع لثلاث.

بعض الشيوخ: وإذا أوجبنا عليه اليمين فنكل عنها؛ كان ذلك كدعوى العتق مع شاهد، وَجَبَتْ اليمينُ على السيد فنكل عنها، فعلى القول أنه يعتق بالنكول لزمه هنا الولد، وعلى القول الثاني سجن أبداً.

وَلا يَنْدَفِعُ بِدَعْوَى الْعَزْلِ، وَلا بِالإِتْيَانِ فِي الدُّبُرِ، وَلا بَيْنَ الْفَخِذَيْنِ مَعَ الإِنْزَالِ

يعني: لا يندفع الولد عنه بقوله كنت أعزل؛ لأن الماء قد يسبقه ولو اليسير منه.

اللخمي: إلا أن يكون العزل البين، ولا بالإتيان في الدبر أو بين الفخذين، نحوه في المدونة، ونقل اللخمي قولاً آخر: أنه لا يلحقه الولد؛ لأن الماء إذا باشر الهوى فسد، واستحسن اللخمي القول الأول؛ لأن فساد الماء مظنون فلا يسقط به النسب، واستبعد الباجي حصول الولد عن الوطء في غير الفرج، قال: ولو صح لما حدت المرأة إذا ظهر بها حمل ولا زوج لها، لجواز أن تكون إنما وطئت في غير فرج.

اللخمي: وإن كان الإنزال بين شفري الفرج لحق الولد اتفاقاً. قال ابن القاسم: ولو قال وطئت ولم أنزل؛ لزمه الولد.

وَلَوْ أُنكِحَ أَمَةً أَوْ وَطِئَهَا بِشُبْهَةٍ فَوَلَدَتْ ثُمَّ اشْتَرَاهَا لَمْ تَكُنْ لَهُ بِذَلِكَ أُمَّ وَلَدٍ

يعني: لو تزوج أمة ووطئها بشبهة فولدت منه، ثم بعد ذلك اشتراها؛ فإنها لا تكون بذلك الولد المتقدم على الشراء أم ولد، وهذا متفق عليه عندنا.

وَلَوِ اشْتَرَى زَوْجَتَهُ حَامِلاً مِنْهُ صَارَتْ أُمَّ وَلَدٍ عَلَى الْمَشْهُورِ

هما روايتان، وبالمشهور قال ابن القاسم وأكثر الأصحاب، وبالشاذ قال أشهب؛ لأن الولد قد مسه الرق وإنما عتق بالملك، ورأى في المشهور أنه لما عتق عليه بالشراء صار كما لو حملت ابتداء وهي في ملك أبيه، ولهذا لو لم يعتق عليه بالشراء لم تكن أم ولد عند الجميع، كما لو كانت الأمة لأبيه واشتراها منه؛ لأنه قد عتق على جده ولم يملكه أبوه، أما لو اشتراها من أعتق ما في بطنها؛ ففي المدونة: شراؤه جائز وتكون بها وضعت أم ولد؛ لأنه على الذي عتق بالشراء ولم يصبه عتق السيد؛ إذ لا يتم عتقه إلا بالوضع، لأنه يباع عليه في فلسه ويبيعها ورثته قبل الوضع إن شاءوا، وإن لم يكن عليه دين والثلث يحملها، ولو ضربها رجل فألقته؛ فإن فيه ما في جنين الأمة، ولو كان بعدما اشتراها الزوج؛ ففيه ما في جنين الحرة. قال: وقد تزوج أمة والده فمات الأب فورثها وهي حامل، فإن كان حملاً

ظاهراً أو لم يكن ظاهراً ولكنها وضعته لأقل من ستة أشهر؛ لم تكن أم ولد، لأنه قد عتق على جده في بطنها قبل أن يرثه أبوه فلم يملكه أبوه، ولا تكون أم ولد أبداً إلا عن ملك رقبتها بما في بطنها حتى يعتق الجنين عليه لا على غيره، قال: وإن وضعته لستة أشهر فأكثر فهي له أم ولد، ونحوه لابن الماجشون في كتاب ابن سحنون.

وَمَنْ قَالَ فِي مَرَضِهِ: هَذِهِ وَلَدَتْ مِنِّي وَلا وَلَدَ مَعَهَا، فَإِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ وَلَوْ مِنْ غَيْرِهَا عَلَى الأَصَحِّ صُدِّقَ وَعَتَقَتْ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ، وَإِلا لَمْ يُصَدَّقْ وَرَقَّتْ...

قد يقال في كلامه تناقض [٧٦٥/ أ] لأن قوله:(**وَلَوْ مِنْ غَيْرِهَا**) يقتضي تسوية الحكم منها ومن غيرها وهو مناف لقوله: (**وَلا وَلَدَ مَعَهَا**) ووقع في بعض النسخ إسقاط (لو) وهي أحسن، والقولان في المدونة؛ ففيها: وأما إن قال: هذه ولدت مني. ولا يعلم ذلك إلا بقوله:(**وَلا وَلَدَ مَعَهَا**) فإن كان ورثته ولده؛ صدق وعتقت من رأس المال، وإن لم يترك ولداً؛ لم يصدق ولا تعتق الأمة في الثلث وتبقى رِقًّا، إلا أن يكون معها ولد السيد أو بينة تثبت فتعتق من رأس المال. وقد قال مالك أيضاً: لا تعتق إذا لم يكن معها ولد من ثلث ولا من رأس مال كان ورثته ولده أو كلالة؛ كقوله: أعتقت عبدي في صحتي. فلا يعتق في ثلث ولا في رأس مال، وقاله أكثر الرواة.

اللخمي: وعلى قوله في المريض يقر بقبض كتابة مكاتبه؛ ورثته كلالة إذا كان الثلث يحملها ولم يشغل الثلث بوصية. ويجري فيها قول رابع: إن كان اعترف بوطئها قبل قوله الآن وإن لم يحملها الثلث، وهو قول ابن الماجشون في الواضحة: إذا باعها، ثم قال: ولدت مني، نعم اختار اللخمي أنه يصدق في قوله وتكون على حكم أم الولد، وإن كان إقراره في مرضه ورثته كلالة من لم يحملها الثلث، أو في صحته وعليه دين؛ لما جرى من كثير من الناس كتمان مثل هذا، ثم يعترف به عند الموت ويكون معها الولد ولاسيما إن كانت دنية أو سوداء فيكتمه لمعرة ذلك، فإذا كان عند الموت أقر به لخوف الإثم.

فَإِنْ قَالَ: أَعْتَقْتُهَا فِي صِحَّتِي؛ لَمْ تُعْتَقْ مِنْ رَأْسِ مَالٍ وَلا ثُلُثٍ عَلَى الأَكْثَرِ فِيهِمَا

يحتمل أن يعود فيهما على هذه المسألة والتي قبلها، لكن يبقى فيه نظر؛ لأنه قد تقدم من كلامه في المدونة أن الأكثر على مقابل الأصح، وعلى هذا فيعود الضمير على رأس المال والثلث، ويكون مقابل الأصح أنها تعتق من رأس المال على قول، ومن الثلث على قول، وقد سوى ابن زرقون بين العتق والاستيلاد، فقال: اختلف فيمن أقر في مرضه أنه كان فعل شيئاً في صحته مثل عتق أو إيلاد على ستة أقوال؛ **أحدها** من كتاب أمهات الأولاد أيضاً: إن ورث بولد فمن رأس المال، وإن ورث بكلالة لم ينفذ من الثلث ولا من رأس المال. **والرابع** ظاهر قول ابن القاسم في كتاب الكتابة، ونص ما في المدونة: إن ورث بولد نفذ من رأس المال، فإن ورث بكلالة نفذ من الثلث. **والخامس** في الموازية: ينفذ من الثلث ورث بولد أو كلالة. **والسادس** حكاه التونسي: إن حمله الثلث جاز، وإن لم يحمله بطل جميعه، ونحوه لابن رشد وحكاه قولاً **سابعاً**: إن ورث بولد هذا من الثلث، وإن ورث بكلالة لم ينفذ من رأس مال ولا ثلث. ويأتي في أم الولد قول ثامن وهو ما خرجه اللخمي: إن كان اعترف بوطئها قبل قوله الآن، وإلا فلا كما تقدم.

وَلَيْسَ لِلسَّيِّدِ فِيهَا إِجَارَةٌ وَلا غَيْرِهَا سِوَى الاسْتِمْتَاعِ وَمَا قَرُبَ مِنَ الْخِدْمَةِ

في المختصر: لا تؤاجر إلا برضاها؛ لأن الحر لو رضي أن يؤاجر نفسه جاز. ابن الجلاب: وإن أجرها فسخت الإجارة، فإن لم تفسخ حتى انقضت لم يرجع المستأجر على سيدها بشيء.

وقوله: (**وَلا غَيْرِهَا**) أي: من البيع، وهذا مذهبنا، ومذهب الجمهور: أنها لا تباع في دين ولا غيره ونقل سحنون على ذلك، ويعضده ما رواه الدارقطني وغيره من منع بيعهن، لكن الأحاديث فيها ضعف، ومنع في المدونة كتابتها، لكن ذلك محمول عند

الشيوخ على ما إذا لم ترض بذلك، وأما لو رضيت فتجوز الإجارة، ثم استثنى من ذلك الاستمتاع منها وما قرب من الخدمة، وهو قريب مما لعبد الوهاب في المعونة، فإنه قال: وله استخدامها فيما قرب ولا يشق، لكنه مخالف لما في الموازية عن ابن القاسم من التفصيل بين الرفيعة والدنية؛ لأنه قال: ليس له أن يعنت أم الولد في الخدمة، وإن كانت دنية وتبتذل في الحوائج الخفيفة ما لا تبتذل في الرفيعة. وقال الباجي: للسيد استخدام المدبرة دون أم الولد على المشهور من قول مالك، وظاهره أن مقابل المشهور له فيها الخدمة الكثيرة، والأظهر عنده أن له فيها الخدمة؛ أي: الكثيرة، لأنها فيه على حكم الملك، وإنما منع من تملكها غيره، وقياساً على استخدام أم ولده؛ لأن حرمتهما واحدة، إذ كل ذات رحم فولدها بمنزلتها.

وَلَوْ بِيعَتْ وَأَعْتَقَهَا الْمُشْتَرِي فَسَخَ وَمُصِيبَتُهَا مِنَ الْبَائِعِ

(**فَسَخَ**) أي: البيع والعتق وعادت أم الولد، وإذا فسخ العتق فأحرى الكتابة والتدبير، وكذلك أيضاً لا يفيتها إياه المشتري عالماً أنها أم ولد للبائع غرم قيمة الولد، واختلف إذا غره وكتمه أنها أم ولد، فقال ابن الماجشون: عليه قيمة الولد. وقال مطرف: لا شيء عليه لأنه أباحه إياها. **اللخمي**: وهو أحسن.

قوله: (**وَمُصِيبَتُهَا مِنَ الْبَائِعِ**) يعني: أن هذا مخالف للبيع الفاسد؛ لأن الملك لا ينتقل هنا، وإذا فسخ البيع؛ ظاهر المذهب لا شيء على البائع مما أنفقه المشتري عليها ولا من قيمة خدمتها. وقال سحنون: يرجع بالنفقة، يريد ويرجع هو بالخدمة، قاله اللخمي، قال: وإذا انقضى البيع تحفظ من البائع لئلا يعود إلى بيعها ولا يؤمن من السفر بها، وإن خيف عليها ولم يمكن التحفظ منه عتقت عليه قياساً على قول مالك في المبسوط في الذي يبيع زوجته أنه لا يكون بيعها طلاق، قال: وتطلق عليه إذا خيف أن يعود، وإن غاب المشتري ولم يعلم مكانه تصدق بالثمن. انتهى.

وهذا [٧٦٥/ ب] إذا باعها لا شرط الحرية والعتق، وإن باعها على أنها حرة ساعتئذ، فهذه ترد ما لم تفت للعتق، فيمضي عتقها والولاء للبائع ويسوغ له الثمن، لأن المبتاع علم أنها أم ولد وشرط فيها العتق فكأنه فكاك، ولو لم يعلم أنها أم ولد لرجع بالثمن.

وَإِذَا جَنَتْ وَجَبَ فِدَاؤُهَا بِالأَقَلِّ مِنْ قِيمَتِهَا أَوْ أَرْشِ الْجِنَايَةِ

لأن الشرع لما منع من إسلامها نزلت قيمتها منزلتها، فلذلك كان عليه في الجناية الأقل من قيمتها أمة وأرش الجناية، وأطلق في قوله: (**قِيمَتِهَا**) والمشهور: اعتبار القيمة يوم الحكم. وقال المغيرة: يوم جنت. قال محمد بن عبد الحكم: لا شيء على سيدها من جنايتها وذلك في ذمتها. وقال ابن الجهم: السيد بالخيار إن شاء أسلم أرش الجناية أو أسلم ما بقي له فيها من الخدمة فيستخدمها أو يؤاجرها، قال: ولا يلحقه من الجناية أكثر مما يملك منها، فإن وفت رجعت إلى سيدها، وإن لم توف حتى مات عتقت وأتبعت بالباقي ذمتها.

خليل: وانظر هل يتخرج فيها قول ثالث بعدم الرجوع عليها بما بقي من الدين، وإذا تعددت الجنايات وقام أهلها في وقت واحد أسلمت القيمة إليهم وتحاصوا فيها على قدر أرش تلك الجناية، قيل: إلا أن تكون قيمتها مثل أقل الجناية؛ فيتحاصوا على السواء، واختلف إذا لزمت السيد قيمتها وبقي أقل من الأرش هل تقوم بمالها.

وَلَوْ سُبِيَتْ وَغُنِمَتْ وَقُسِمَتِ افْتَكَّهَا بِجَمِيعِ مَا قُسِمَتْ بِهِ وَيُتَّبَعُ بِهِ إِنْ كَانَ مُعْسِراً. وَقِيلَ: بِالأَقَلِّ مِنْهُ وَمِنْ قِيمَتِهَا...

قد تقدمت هذه المسألة في الجهاد، وتقدم الخلاف فيها أكثر من هذا.

وَتُعْتَقُ بَعْدَ الْمَوْتِ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ وَلا يَرُدُّهَا دَيْنٌ

هذا مذهبنا، ولا يردها الدين سابقاً أو لاحقاً.

وَوَلَدُهَا مِنْ غَيْرِهِ بَعْدَ الاسْتِيلادِ يُعْتَقُونَ بِمَوْتِهِ وَلَهُ خِدْمَتُهُمْ، وَالْجِنَايَةُ عَلَيْهِمْ كَأُمِّهِمْ...

قوله:(**وَوَلَدُهَا**) أي: أولاد أم الولد الكائنين قبل الإيلاد أرقاء، للسيد بيعهم وغير ذلك من حكم الأرقاء، ولا إشكال أن ولدها من سيدها أحرار، وأن أولادها بعد الولادة من سيدها وهم الذين تكلم عليهم المصنف الآن فحكمهم كأمهم، لأن كل ذات رحم فولدها بمنزلتها، ومعنى كلامهم أنهم يعتقون بموت سيد أمهم من رأس ماله.

قوله: (**وَلَهُ خِدْمَتُهُمْ**) أي: يؤاجرهم صاحب الخدمات وغيره وهم في ذلك بخلاف أمهم، وينبغي على قاعدة المذهب أن يستوي حكمهم وحكم أمهم؛ لأن كل ذات رحم فولدها بمنزلتها.

قوله: (**وَالْجِنَايَةُ عَلَيْهِمْ كَأُمِّهِمْ**) التشبيه في الجناية فقط؛ لأنهم في الخدمة يخالفونها كما ذكر، وعلى هذا فـ(**الْجِنَايَةُ**) مبتدأ وخبره (**كَأُمِّهِمْ**) يعني: أن أرش جنايتهم تكون لسيدهم لا لهم، وذلك هو الحكم في الجناية على أمهم، ولم يقدم المصنف الكلام على الجناية على أمهم، يفهم من قوله إثر هذا.

وَلَوْ مَاتَ السَّيِّدُ قَبْلَ أَخْذِ الْجِنَايَةِ عَلَيْهَا؛ فَفِي كَوْنِهَا كَمَالِهَا فَيَتْبَعُهَا قَوْلانِ

لأنه يلزم منه أن السيد يأخذ أرش الجناية عليها في حياته والقولان لمالك.

ابن المواز: والقياس قوله الأول أنه لورثته، واستحسن ما رجع إليه مالك من أن ذلك يتبعها، وكذلك لو أعتقها قبل أن تؤخذ دية الجناية فإنها لها، وقال أشهب: للسيد.

وَفِي إِجْبَارِهَا عَلَى التَّزْوِيجِ قَوْلانِ، وَكَرِهَهُ وَلَوْ بِرِضَاهَا

أما القولان في الإجبار قد تقدما في النكاح (**وَكَرِهَهُ وَلَوْ بِرِضَاهَا**) أي: في تزويجها وهو ظاهر المدونة؛ ففيها: وكره مالك أن يزوج الرجل أم ولده، وعلى هذا حملها أكثر

المفسرين، وقيدها فضل بغير رضاها، وعللت الكراهة بأنه ليس من مكارم الأخلاق، ونحوه في العتبية، وبأن ذلك لا يخلو غالباً من إكراه.

وَلَوْ وَطِئَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ أَمَةً فَحَمَلَتْ غَرِمَ قِيمَةَ نَصِيبِ الآخَرِ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِراً خُيِّرَ الآخَرُ فِي اتِّبَاعِهِ، أَوْ بَيْعِ الْجُزْءِ الْمُقَوَّمِ وَيَتَّبِعُهُ بِمَا بَقِيَ وَبِنِصْفِ قِيمَةِ الْوَلَدِ...

لا شك أن أحد الشريكين لا يجوز له الوطء ابتداء، وأنه إن وطئ لا حد عليه للشبهة ويؤدب، إلا أن يعذر بجهالة على المشهور. وقال ابن حبيب: لا يعذر هنا بجهل، غير أن عقوبته أخف من العالم.

وقوله:(**فَحَمَلَتْ**) احترز به مما لو لم تحمل؛ فلا يجبران على التقويم، بل يخير الشريك بين التقويم على شريكه أو المتمسك. وقيل: لا شيء له. وقيل: لا بد من التقويم لتتم له الشبهة. وفي الموازية: لا تقوم عليه ويلزمه نصف ما نقصها الوطء، وهو ظاهر؛ لأنه نقص يسيرٌ في الغالب.

وقوله:(**غَرِمَ قِيمَةَ نَصِيبِ الآخَرِ**) يعني: إذا كان موسراً؛ لمقابلته له بها إذا كان معسراً ولا تخيير لواحد منهما، واختلف في وقت التقويم؛ ففي المدونة: يوم الوطء وهي له أم ولد. وقيل: يوم الحكم. وقيل: إن شاء يوم الوطء وإن شاء يوم الحكم، واختاره محمد.

وقوله:(**وَإِنْ كَانَ مُعْسِراً خُيِّرَ**) أي: الشريك في اتِّباع الواطئ بنصف قيمة الأمة ونصف قيمة الولد، وفي بيع ذلك النصف المقوم عليه بعد الوضع، فإن نقص ثمن ذلك الجزء عما لزمه من القيمة أتبعه بما بقي، وهذا هو المشهور. وكان مالك يقول: الأمة أم ولد للواطئ ويتبع بالقيمة ديناً كالموسر. وقيل: الشريك مخير أن يتماسك بنصفه ويتبع الواطئ بنصف قيمة الولد ديناً، أو يضمنه ويتبعه ديناً في ذمته. وفي المسألة قول رابع لابن القاسم في الموازية أن الشريك إذا تمسك بنصيبه ولم [٧٦٦/ أ] تقوم اتبع بنصف قيمة الولد ونصف ما نقصها الولادة.

وخامسها لمطرف وابن الماجشون: إن أحب تمسك، وإن أحب قومها عليه في الذمة، وإن أحب بيع له نصفها ولا شيء له من نصف قيمة الولد قوِّمَ أو أمسك.

وسادس لأشهب: أنها تباع عليه بما يوفي من الدين وإن كان أكثر من النصف؛ لأنه يقول: لا تكون بعض أم الولد، وللواطئ أن يتبع الباقي إن أحب.

وَلَوْ وَطِآهَا فَحَمَلَتْ؛ فَالْقَافَةُ وَإِنْ كَانَ ذِمِّيّاً أَوْ عَبْداً

يعني: وإن وطئ الشريكان معاً في طهر واحد فأتت بولد لستة أشهر فأكثر من وطء الثاني فإنه تدعى له القافة، وإن كان أحد الشريكين ذميا أو عبداً فإن ألحقوه بالذمي بقي على دين أبيه، وإن مات أحدهما قبل دعاء القافة فإن كانت القافة تعرف الميت فالحكم كما لو كان حياً، وإن كانت لا تعرفه فإن قالت: هو للحي؛ يلحق به، واختلف إذا قالت: لا شيء له فيه، أو ماتا جميعاً قبل أن تدعى القافة، فقال أصبغ: إذا قالت: لا شيء فيه لهذا الحي لحق بالميت، وإن مات قبل النظر فهو ابن لهما. وقال ابن الماجشون: يبقى لا أب له في الوجهين.

فَلَوْ أَشْرَكَتْهُمَا الْقَافَةُ حُكِمَ بِإِسْلامِهِ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يُوَالِي مَنْ شَاءَ إِذَا كَبُرَ. وَقَالَ ابْنُ الْمَاجِشُونِ: يُلْحَقُ بِأَقْوَى شَبَهٍ. وَقَالَ ابْنُ مَسْلَمَةَ: بِالْوَاطِئِ الأَوَّلِ، وَإِلا فَبِأَقْوَى شَبَهٍ. وَقَالَ سَحْنُونٌ: يَكُونُ ابْناً لَهُمَا...

يعني: لو قالت القافة هو ابن لهما؛ فالولد محكوم له بالإسلام ولو كان أحد الواطئين كافراً، ثم اختلف في المشهور وهو قول ابن القاسم، وروايته أن الاشتراك في الولد لا يصح خلافاً لسحنون، وعلى قول سحنون: يكون على كل واحد نصف نفقته، ونصف عن كل واحد نصف ميراث، وعلى الأول فثلاثة أقوال:

الأول لمالك وابن القاسم: أنه يوالي إذا كبر من شاء منهما، فيكون له أباً فقط، واختلف في حد الموالاة، فروى ابن القاسم: إذا بلغ. قال أصبغ: إذا أثغر.

والقول الثاني لابن الماجشون، وبه قال مطرف وابن نافع: لا يترك يوالي من شاء، ويقال للقافة: ألحقوه بأقواهما شبهاً.

والثالث لابن مسلمة: إن عرف الأول لحق به؛ لإمكان أن تكون حاملاً قبل أن يصيبها الآخر، وإن جهل الأول لحق بأكثرهما شبهاً فيما يرى من الرأس والصدر؛ لأنه الغالب، هكذا نقل اللخمي، وعلى قول ابن القاسم فاختلف في نفقته وكسوته قبل الولادة، فقال ابن القاسم وعيسى ومحمد بن عبد الحكم: ينفقان عليه جميعاً؛ إذ لا قرابة لأحدهما، وإن مات أحدهما أنفق على الصبي مما وقف له من ميراثه منه نصف نفقته.

ابن راشد: وقال أصبغ: النفقة على الآخر منهما إلى أن يبلغ حد الموالاة، ثم لا رجوع إذا والى على رواية علي. وقال أصبغ: يرجع من أنفق على من والاه.

فروع:

الأول: لو لم توجد القافة، فإن الولد يترك إلى أن يكبر فيوالي من شاء منهما. قيل: وهذا هو المشهور. وقيل: يصبر إلى أن يوجد قائفٌ.

الثاني: لو مات الولد عن مال قبل الموالاة. فقال ابن القاسم: هو بين الأبوين نصفين، حرين كانا أو عبدين، أو مختلفين، أو أحدهما مسلم والآخر ذمي، كمال تنازعه اثنان.

الثالث: إن ولدت توءمين فإن ألحقتهما القافة بأحدهما صح اتفاقاً، وإن أشركتهما فيهما فكما لواحد، وإن قالت: هذا ابن لهذا وهذا لهذا، فقال عبد الملك: لا يقبل قولهما ولا يلحقان إلا بأحدهما. وقال سحنون: يقبل قولهما، فإن كان أولهما مليّاً موسراً كانت أم ولد له وعليه نصف قيمتها لو حملت، وله على الثاني مثل ذلك، وقيل: لا شيء عليه وعتقت الأمة عليهما جميعاً.

وفروع القافة كثيرة ولنقتصر على هذا المطلب محاذاة لكلام المصنف.

الْوَصَايَا أَرْكَانٌ

الوصايا جمع وصية. **الجوهري**: أوصيت له بشيء وأوصيت إليه: إذا جعلته وصيك، والاسم الوِصَاية والوَصَاية بالكسر والفتح، وأوصيته ووصيته إيصاءً وتوصية بمعنى. انتهى. والوصية مشتقة فيما ذكر الأزهري من قولهم: وصَى الشيء بكذا يصيه، إذا وصله به.

وَحَدَّهَا بعض الحنفية بأنها: تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع.

المازري: وهي مندوبة عندنا إلا أن يكون عليه حق يخشى تلفه على أصحابه إن لم يوص له فتجب. ونحوه لبعض القرويين أنه إذا كان عليه حق أو له حق فهي واجبة، وإلا فهي مستحبة. وإنما تجب عليه الوصية في ذلك فيما له بال، وجرت العادة فيه بالإشهاد من حقوق الناس، وأما اليسير من ذلك مما يجري بين الناس من المعاملات فلا تجب عليه؛ إذ لا يكلف بذلك كل يوم وليلة للمشقة. وأوجبها الظاهرية.

ولنا في مسلم:«**ما حق امرئ مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه، يبيت ليلتين- وفي رواية: يبيت ثلاث ليال- إلا ووصيته عنده مكتوبة**». ولو كانت واجبة لما وكلها إلى إرادته، وحمل بعض شيوخ عبد الحق هذا الحديث على أن قوله عليه الصلاة والسلام: «**يبيت ليلتين**» محمول على ما إذا كان موعوكاً. وقال صاحب المقامات: الصواب حمله على إطلاقه في الموعوك والصحيح؛ لأن الصحيح قد يفجأه الموت.

وقوله: (**أَرْكَانٌ**) أي: لها أركان أربعة، فحذف الخبر والصفة.

الْمُوصِي حُرٌّ مُسْلِمٌ مُمَيِّزٌ مَالِكٌ

هذا هو الركن الأول، وذكر له ثلاثة شروط، أو شرط مركب من ثلاثة أجزاء. واحترز بكُلٍّ مِنْ مقابله:

فاحترز بالحر من العبد؛ لأنه وإن كان يملك فلا تنفذ وصيته؛ لحق السيد.

وبالمميز [٧٦٧/ ب] من المجنون والصغير غير المميز، أما لو كان المجنون يفيق أحياناً وأوصى في حال إفاقته لصحت.

وبالمالك من غيره، والمراد بالمالك: من يملك ملكاً تامًّا؛ ليحترز من المستغرق الذمة.

فَتَصِحُّ مِنَ السَّفِيهِ الْمُبَذِّرِ، وَالصَّبِيِّ الْمُمَيِّزِ إِذَا عَقَلَ الْقُرْبَةَ وَلَمْ يَخْلِطْ

لأن الحجر عليهما إنما كان لأجلهما، فلو حجر عليهما في الوصية لكان الحجر لغيرهما. وقيد اللخمي إمضاء وصية السفيه بأن يصيب فيه وجه الوصية.

مالك في الموازية: وإذا أدان المولى عليه ثم مات لم يلزمه ذلك، إلا أن يوصي به فتجوز في ثلثه.

ابن كنانة: وإن سمى ذلك ليقضى من رأس ماله ولم يجعله في ثلثه لم يجز ذلك على ورثته. وإن أوصى به على وجه الوصايا فهو مبدأ على وصاياه.

ولابن القاسم: إذا باع المولى عليه فلم يُرَدُّ بيعه حتى مات أنه ينفذ بيعه.

ابن زرقون: فعلى هذا يلزمه الدين بعد موته، فتأمله.

وذكر المصنف لإمضاء وصية الصغير ثلاثة شروط:

الأول: التمييز؛ لأن غير المميز لا تصح وصيته بالاتفاق.

والثاني: أن يعقل القربة، وهذا قد يستغنى عنه بالتمييز.

والثالث: ألا يخلط، وهذا قد ذكره في المدونة فقال: إذا أصاب وجه الوصية، وذلك إذا لم يكن فيه اختلاط.

وفسر اللخمي عدم الاختلاط بأن يوصي بما فيه قربة لله تعالى أو صلة رحم، فأما إن جعلها فيما لا يحل من شرب خمر أو غيره فلا يُمْضَى.

وقال أبو عمران: يريد إذا لم يخلط في كلامه، مثل أن يذكر في كلامه ما يبين أنه لم يعرف ما ابتدأ به.

اللخمي: واختلف في السن الذي تجوز وصيته فيه؛ فقال مالك في المدونة: عشر سنين أو أقل بيسير. وقال في الموازية: سبع سنين. وقال أصبغ وابن شهاب في الواضحة: تجوز وصيته إذا عقل الصلاة. وقال مالك في العتبية: إذا أَثْغَرَ وأُمِرَ بالصلاة وأُدِّبَ عليها. وهذا أقل ما قيل. وقال ابن الماجشون: إذا كان يافعاً مراهقاً، وهذا أكثر ما قيل، وأشار اللخمي إلى أن النظر إلى حال كل صبي بانفراده.

أشهب: وقد أوصى بوصيته وجعل إنفاذها إلى غير الوصي فذلك إلى وصيه.

ابن عبد السلام: وهذا مما ينظر فيه، فَإِنَّ نَظَرَ الوصي ينقضي بموت الصبي، ألا ترى أن جراح الصبي ينظر فيها وليه، وديته إذا قتل ليس للوصي فيها نظر، وإنما هو للورثة، إلا أن يقال: ملك الصبي للدية متعذر بعد موته، وإنفاذ الوصية بعد موته إنما يكون على تقدير ملكه، والوصي هو الناظر في أملاك الصبي، وهذا منها.

وقال أشهب أيضاً: من أوصى لِبِكْرٍ بمائة دينار ولا ولي لها فدفع الورثة ذلك إليها بغير أمر الإمام فقد برئوا. واختار اللخمي إن كان لها وصي ألا يدفع إلا إليه، إلا أن يكون مما يعلم أن الميت أراد دفع ذلك إليها؛ لتتسع به في مطعم أو ملبس فيدفع إليها.

وَمِنَ الْكَافِرِ إِلا بِمِثْلِ خَمْرٍ لِمُسْلِمٍ

أي: وتصح الوصية من الكافر؛ لأنه حر مميز مالك، إلا أن يوصِي لمسلم بما لا يصح تملكه من خمر ونحوه.

ومفهوم قوله: (**لِمُسْلِمٍ**) - وهو مفهوم كلام ابن شاس - أنه لو أوصى لكافر لصحت، وهو ظاهر؛ لأنه أوصى بها لمن يصح تملكه لها، ولم أر ذلك نصاً، وقد يؤخذ

ذلك مما لابن القاسم في العتبية في نصراني أوصى بجميع ماله لكنيسته ولا وارث له، قال: يدفع إلى أساقفتهم ثلث ماله، وثلثاه للمسلمين.

وَتَبْطُلُ وَصِيَّةُ الْمُرْتَدِّ وَإِنْ تَقَدَّمَتْ

قال: (**وَإِنْ تَقَدَّمَتْ**) ليفيد أنه لا فرق في البطلان بين ما أوصى به في حال رِدَّتِهِ أو قبلها، وهذا مقيد بأن يموت على رِدَّتِهِ، سواء قتل أو مات عليها. وأما إن رجع للإسلام فقال أصبغ: إن كانت مكتوبة جازت، وإلا فلا. وكذلك لو أوصى بها وهو مرتد وهو كالمريض إذا صح ثم مات.

وَيَصِحُّ رُجُوعُهُ بِمَا يَدُلُّ عَلَيْهِ مِنْ قَوْلٍ أَوْ فِعْلٍ، أَوْصَى فِي صِحَّةٍ أَوْ مَرَضٍ

حكى غير واحد الإجماع على أن الوصية عقد جائز، وللموصي أن يرجع عنها، سواء كانت بعتق أو غيره، وسواء كان أوصى في سفر أو مرض.

الباجي وغيره: وإنما له أن يرجع ما لم يمت.

وقوله: (**مِنْ قَوْلٍ أَوْ فِعْلٍ**) بيان لما يدل على الرجوع. وأضرب عن بيان الرجوع بالقول لوضوحه.

قال في الوثائق المجموعة: إذا قال: اشهدوا أني قد أبطلت كل وصية تقدمت فإنها تبطل، إلا وصية قال فيها: لا رجعة لي فيها، فلا تبطل إلا أن ينص عليها.

وَالْفِعْلُ كَالْبَيْعِ وَالْعِتْقِ وَالْكِتَابَةِ وَالاسْتِيلادِ

أتى بحرف العطف ليدل على معطوف عليه محذوف؛ أي: فالقول ظاهر، (**وَالْفِعْلُ**) كذا؛ يعني: إن باع الثوب الموصى به مثلاً، أو أعتق العبد أو كاتبه، أو أستولد الأمة فذلك رجوع؛ لخروج الموصى به عن ملك الموصي.

وينبغي إذا عجز المكاتب في حياة السيد أن تعود الوصية فيه كما تعود في المبيع الموصى به على أحد القولين، وههنا أولى؛ لأن الكتابة لا تنقل الملك.

بِخِلافِ الرَّهْنِ وَتَزْوِيجِ الرَّقِيقِ وَتَعْلِيمِهِ وَالْوَطْءِ مَعَ الْعَزْلِ

أي: فإن هذه لا تكون رجوعاً في الوصية؛ لأنها لم تنقل الملك ولم تغير الاسم، وعلى الورثة خلاص الرهن.

وفي العتبية لأصبغ: إذا علمه الكتابة لا يكون ذلك رجوعاً، ويكون الورثة شركاء بقدرها.

وتبع في قوله: (**وَالْوَطْءِ مَعَ الْعَزْلِ**) ابن شاس، ومقتضاهما: أن الوطء من غير العزل يكون موجباً للرجوع، ومقتضى المذهب خلافه.

فقد قال ابن القاسم في الموازية: من أوصى لرجل بجارية فله وطؤها، وليس ذلك برجوع. وكذلك رواه عنه أصبغ وأبو زيد في العتبية. وفي البيان: لا اختلاف أن الوطء والاستخدام ليس برجوع.

أبو زيد عن ابن القاسم: وإن وقفت [٧٦٨/ أ] الأمة بعد موته؛ خيفة أن تكون حاملاً فقتلها رجل فقيمتها للميت؛ إذ قد تكون حاملاً، ولا شيء للموصى له. وخالفه ابن عبدوس ورأى أن القيمة للموصى له وهذا كله يدل على أن الوطء مطلقاً لا يكون رجوعاً، ولم يعدوا نقل هذه الأشياء دليلاً على الرجوع في الوصية. وعدوها دليلاً على الرضا في بيع الخيار وفي العيب؛ لأن الموصى به على ملك الموصي قبل الموت؛ فله التصرف فيه. وإنما يتعلق حق الموصى له بالموت، بخلاف الخيار والعيب. والله أعلم.

وَبِخِلافِ مَا لَوْ أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ ثُمَّ بَاعَ جَمِيعَهُ

هذا معطوف على (**خِلافِ**) الأول؛ يعني: فلا يكون هذا رجوعاً؛ لأن ثلث المال لا يختص بما عنده حال الوصية، بل المعتبر ما يملكه حال الموت سواء زاد أو نقص.

قال في النوادر: وإذا أوصى برقيقه ثم بدلهم، أو زاد أو نقص فإنما للموصى له مَنْ يكون عنده يوم مات، لا يوم أوصى.

وفي الجلاب: ومن أوصى لرجل بثيابه - وله ثياب يوم الوصية - فباعها واستخلف غيرها ثم مات، فللموصى له ثيابه التي استخلفها، إلا أن يبين تلك الثياب الأولى بأعيانها فلا يكون للموصى له شيء مما استخلفه.

فَلَوْ بَاعَهُ ثُمَّ اشْتَرَاهُ فَفِي رُجُوعِ الْوَصِيَّةِ قَوْلانِ

أي: إذا أوصى بمعين "كقوله: هذا العبد لفلان" ثم باعه واشتراه ففي رجوع الوصية قولان؛ بناءً على أن بالبيع حصل الرجوع؛ فلا تعود الوصية إلا بإيصاء جديد، أو لأن الفوت قد انتفى.

ابن عبد السلام: والذي نص عليه ابن القاسم وأشهب، ولا أعلم فيه خلافاً أنه يعود إلى الوصية، كما أنه لا خلاف إذا عين الموصى به فباعه واشترى مثله أن الوصية لا تعود فيه.

واختلف إذا لم يعين ولكن وصفه بصفة ثم هلك أو باعه واستحدث مثله في صفته؛ فقال ابن القاسم: تسقط الوصية. وروى هو وأشهب عن مالك فيمن قالت: ثوبي الخز لفلانة، فذهب ثوبها واخلفت مثله- أنه لا شيء للموصى لها.

وقال أشهب فيمن أوصى برقيقه وسماهم، أو وصف سلاحه وثيابه بصفة ذلك بعينه ثم استهلكت، واستفاد مثله ثم هلك، قال: فلا يكون ذلك للموصى له، إلا أن يوافقه في الاسم والصفة، مثل أن يقول: "عبدي نجيح النوبي وقميصي المروزي لزيد، وسيفي الهندي في السبيل" أن الوصية تقع في الثاني، الذي هو مثل الأول في الاسم والصفة.

أشهب: وإذا أوصى فقال: "غلامي نجيح الصقلي حر" فباعه واشترى مَنْ اسمه نجيح، وهو نوبي -فلا وصية له فيه حتى يوافقه في الاسم والجنس. ولو قال: "حر" ولم يصفه

واشترى من اسمه مبارك، فسماه نجيحاً لعتق. ولو قال: "غلامي نجيح حر" فسمى مباركاً لم تزل الوصية عنه؛ لأنه عبد بعينه، وقال أشهب: فهذا الخلاف الذي وقفت عليه في هذه المسألة. انتهى.

صاحب البيان: وإن عين الموصى به بالإشارة مثل أن يقول: "إن مت فهذا العبد لفلان" ثم هلك العبد واستبدل غيره -فلا خلاف أنه يتعين، ولا تنقل الوصية إلى بدله. وأما إن تعين بالإضافة كقوله: "عبدي لفلان" ولا عبد له غيره، أو "درعي أو سيفي" فثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يتعين، ولا تنتقل الوصية إلى غيره إن استبدل غيره.

والثاني: عكسه، وأجراها على الخلاف فيمن حلف ألا يستخدم عبد فلان فاستخدمه بعد أن عتق، أو بعد أن خرج عن ملكه.

والثالث: رواه أشهب بالفرق؛ فتعود الوصية في بدل السيف والدرع، ولا تعود في العبد، قال: ولا فرق في القياس.

خليل: وفي فرائض الحوفي: إذا أوصى معين ثم باعه ثم اشتراه ثم مات وهو في ملكه فإن الوصية تبطل فيه. فهذا قول ثان ببطلان الوصية، وبه يصح القولان اللذان ذكرهما المصنف.

وَلَوْ دَرَسَ الْقَمْحَ وَكَالَهُ وَأَدْخَلَهُ بَيْتَهُ فَرُجُوعٌ، بِخِلافِ الْحَصَادِ وَجَزِّ الصُّوفِ وَجُذَاذِ الثَّمَرَةِ ...

يعني: أن من أوصى بزرع فحصده ودرسه وكاله وأدخله بيته فذلك رجوع؛ لأنه يبطل اسم الموصى به؛ لأنه أبطل اسم الزرع ونقله إلى اسم القمح، بخلاف جز الصوف وجذاذ الثمرة، فإنه لم ينقل الملك ولم يبطل الاسم، فلا يعد رجوعاً ولو أدخلها بيته. ومسألة درس القمح هو نص قول ابن القاسم في المجموعة، وقال الباجي: وهو ينتقل بالحصاد والدراس. قال: وقوله: **(أَدْخَلَهُ بَيْتَهُ)** تأكيد لمقصده. قال: وكذلك قوله: **(وَكَالَهُ)** وإنما يريد بلغ حد الاكتيال.

وَلَوْ جَصَّصَ الدَّارَ، وَصَبَغَ الثَّوْبَ، وَلَتَّ السَّوِيقَ فَلِلْمُوصَى لَهُ بِزِيَادَتِهِ، وَقَالَ أَصْبَغُ: الْوَرَثَةُ شُرَكَاءُ بِمَا زَادَ ...

الجوهري: الجص: ما يبنى به، وهو معروف. (**وَلَتَّ**) بالتاء المثناة، والقول بأن ذلك جميعه للموصى له لابن القاسم وأشهب، ورأيا أنه لما اتفق على أن تلك الصنعة ليست برجوع؛ لبقاء الاسم وما أضيف إليه تابع- وجب أن يكون الجميع للموصى له. ورأى أصبغ أن الأصل بقاء الزيادة على ملك الموصي، فلا تخرج إلا بدليل.

وظاهر قول المصنف: (**بِمَا زَادَ**) أنه لو لم يكن للصنعة زيادة لا يكون للورثة شيء، وهو خلاف ما نقله الباجي وابن يونس عن أصبغ أنه يكون شريكاً بقيمة تلك الصنعة، إلا أن يقال: إن مراد المصنف أنه شريك بما زاد الموصي، لا بما زاد الصبغ.

وَلَوْ أَوْصَى بِشَيْءٍ فِي مَرَضِهِ أَوْ عِنْدَ سَفَرِهِ وَقَالَ: إِنْ مِتُّ فِي مَرَضِي هَذَا أَوْ فِي سَفَرِي وَأَشْهَدَ، فَبَرِئَ أَوْ قَدِمَ بَطَلَتْ ...

ذَكَرَ هذه في مسائل الرجوع لمناسبتها لذلك؛ لأن كلامه يفهم منه الرجوع إن لم يمت من ذلك المرض أو السفر.

قوله: (**وَأَشْهَدَ**) أي: من غير كتاب؛ لأنه سيذكر الكتاب- فلا خلاف أنها تبطل إن برئ من مرضه ذلك أو قدم من سفره ذلك، ولا خلاف أنها تصح إن حصل الموت فيهما.

واحترز [٧٦٨/ ب] بقوله: (**فِي مَرَضِهِ**) مما لو أوصى في صحته فقال: "متى مت" وأشهد على ذلك بغير كتاب أو بكتاب، أقره عند نفسه أو وضعه عند غيره- فإن وصيته تنفذ على كل حال. قاله في البيان.

وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ بِكِتَابٍ وَلَمْ يُخْرِجْهُ أَوْ أَخْرَجَهُ ثُمَّ اسْتَرَدَّهُ بَعْدَ بُرْئِهِ أَوْ قُدُومِهِ، فَإِنْ لَمْ يَسْتَرِدَّهُ لَمْ تَبْطُلْ ...

الإشارة عائدة إلى مسألة الإشهاد بدون كتاب؛ أي: وكذلك تبطل وصيته إذا قال: إن مت من مرضي أو سفري، وكتب وصيته في كتاب ولم يخرجه، ومات من غير ذلك المرض والسفر، فظاهره أشهد في الكتاب أم لا.

وأما إن أشهد ولم يخرجها فحكى الباجي وغيره إن قول مالك اختلف فيه؛ فمرة قال مثل ما ذكره المصنف: لا تنفذ إلا أن يموت من ذلك المرض أو السفر، وهو اختيار ابن القاسم وابن عبد الحكم وسحنون، وهو القياس عند أشهب، لما يقتضيه ظاهر اللفظ من التقييد. ومرة قال: ينفذ وإن مات في غير ذلك المرض أو السفر، وهذا هو الاستحسان عند أشهب؛ لِمَا علم أنه ليس من قصده تخصيص ذلك بالمرض والسفر، ألا ترى أنه لو بغته الموت قبل أن يسافر أن وصيته نافذة. وذكر الباجي أن هذا الثاني هو مشهور قول مالك من رواية ابن القاسم وغيره، وقال غير واحد: والقولان قائمان من المدونة.

ولأشهب قول ثالث بالفرق؛ إن مات في مرض آخر أو في سفر آخر صحت، وإن مات في غير مرض ولا سفر لم تصح، ورواه أشهب وابن القاسم وابن نافع عن مالك، واستبعده ابن رشد.

وأما إن كتب ولم يشهد ولم يخرجها من يده ففي العتبية والمجموعة في الميت توجد وصيته في بيته بخطه، ويشهد عدلان أنه خطه -فلا يجوز ذلك حتى يشهدهم عليها، وقد يكتب ولا يعزم.

وتأولها عياض وقال: معناه إذا كتبها ليشهد عليها، وأما إذا كتبها بخطه وقال: إذا مت فلينفذ ما كتبته بخطي فلينفذ ذلك إذا عرف أنه خطه، كما لو أشهد. وأما إن أخرجه فصورتان:

الأولى: ألا يسترده بعد قدومه أو برئه فلا تبطل بالاتفاق.

والثانية: أن يسترده فتبطل بالاتفاق، نقلها عياض.

وَتَصِحُّ أَيْضاً إِذَا قَالَ: مَتَى حَدَثَ الْمَوْتُ، وَلَمْ يَقُلْ مِنْ مَرَضِي أَوْ سَفَرِي

لما كانت الوصية على ضربين؛ مقيدة ومطلقة، وقدم الكلام على المقيدة، تكلم على المطلقة؛ يعني: وإذا أطلق الوصية فقال: متى حدث بي الموت، أو إن مت، أو إذا مت، أو متى ما مت- فإنها ماضية. وظاهره سواء كتبها في كتاب أم لا، استرجعها أم لا. أما إن لم يكتبها فقال غير واحد: إنها نافذة أبداً لا ينقضها إلا بتغييرها، قالها في صحته أو في مرضه. وإن كانت في كتاب وأشهد فيه فهي ماضية بالاتفاق، سواء أقرها عنده إلى الموت أو جعلها على يد غيره حتى مات. وأما إن قبضها من يد من جعلها على يده- سواء قبضها في الصحة أو المرض- فحكى صاحب المقدمات الاتفاق على بطلانها.

وذكر عياض أن ابن شبلون وغيره تأول الكتاب على ذلك، وأن ظاهر تأويل أبي محمد أنه إنما يضر استرجاع المقيدة لا المبهمة، وأن أبا عمران تردد في ذلك، فيكون كلام المصنف باقياً على إطلاقه على تأويل أبي محمد، ويقيد بها إذا لم يسترجعها على قول ابن شبلون.

وَأَمَّا مَا يُبْطِلُ اسْمَ الْمُوصَى بِهِ كَنَسْجِ الثَّوْبِ، وَصِيَاغَةِ الْفِضَّةِ، وَحَشْوِ الْقُطْنِ، وَتَفْصِيلِ الثَّوْبِ، وَذَبْحِ الشَّاةِ فَرُجُوعٌ ...

هذا إشارة منه إلى أن الرجوع يكون بأحد الوجهين:

أحدهما: ما ينقل الملك أو يمنع من نقله، كالبيع والعتق والاستيلاد.

ثانيهما: أن يفعل فعلاً يبطل اسم الموصى به. وكان ينبغي أن يذكر مسألة درس القمح في هذا القسم.

ولما فرغ من الأول تكلم على الثاني. ونص ابن القاسم وأشهب على مسألة الغزل.

أشهب: لأنه لم يقع عليه الاسم الذي أوصى به.

خليل: وينبغي أن يقيد حشو القطن بما إذا حشي في الثياب. وأما إذا حشي في المخدة ونحوها فلا.

ابن عبد السلام: وما ذكره المصنف صحيح إلا في مسألة الثوب؛ فإن لفظ (الثوب) لا يتغير بالتفصيل.

ابن القاسم: إذا قال: ثوبي لزيد، ثم قطعه قميصاً أو لبسه في مرضه فليس برجوع، وهو للموصى له. قال: ولو أوصى له بشقة، ثم قطعها قميصاً أو سراويل كان رجوعاً.

الباجي: فاتفق ابن القاسم وأشهب على مراعاة الاسم الذي أوصى به. وكذلك نص أشهب على البطلان إذا أوصى له بقميص، ثم قطعه قباً أو جبة، أو ببطانة ثم بطن بها ثوباً، أو بظهارة ثم ظهر بها ثوباً.

وقد يجاب عما أورده ابن عبد السلام بأن ما ذكره المصنف أحد الأقوال، فقد قال صاحب البيان: وأما الثوب يوصي به ثم يقطعه ويخيطه فيتحصل فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: أن الوصية تبطل.

الثاني: أنها لا تبطل.

الثالث: أنه إن قال: "شقتي أو ملحفتي لفلان" فيقطع ذلك قميصاً، أو سراويل -بطلت الوصية، وإن قال: "ثوبي" ثم يقطعه كذلك فلا تبطل؛ لأن الشقة والملحفة قد انتقل اسمها بما أحدث فيها؛ إذ لا يسمى القميص ولا السراويل شقة ولا ملحفة، بخلاف الثوب؛ لأن القميص والسراويل يسمى كل منهما ثوباً. قال: وإذا لم تبطل فاختلف هل يكون له الثوب مخيطاً، أو يكون مع الورثة شريكاً؟

وَفِي بِنَاءِ الْعَرْصَةِ قَوْلانِ؛ الرُّجُوعُ، وَالشَّرِكَةُ

أي: إذا أوصى له بعرصة ثم بناها داراً أو نحوها فقال أشهب [٧٦٩/ أ] في المجموعة: ذلك رجوع. وقال ابن القاسم في العتبية: ليس برجوع ويكونان شريكين بقيمة البناء من العرصة.

الباجي: والأول أظهر؛ لانتقال الاسم.

وَفِي نَقْضِ الْعَرْصَةِ قَوْلانِ

يعني: إذا أوصى له بدار ثم نقضها وصارت عرصة فهل يعد ذلك رجوعاً أو لا؟ قولان. وعلى هذا فـ(**نَقْضِ**) مصدر بفتح النون. والقول بأن ذلك ليس برجوع لأشهب؛ لأنه أوصى له بعرصة وبناء، فأزال البناء وأبقى العرصة.

الباجي: وهذا من أشهب رجوع في تعلقه بالأسماء. وفي العتبية قول آخر أنه رجوع.

ويحتمل أن يكون النون من قوله: (**نُقْض**) مضموم؛ أي: ما ينقض، ويكون إنما ذكر الخلاف في النقض، وأما العرصة فهي للموصى له، والمعنى صحيح؛ فإن أشهب قال: لا وصية له في النقض، وروى ابن عبدوس أن النقض للموصى له.

وحصل ابن رشد في هذه المسألة والتي قبلها ثلاثة أقوال:

الأول لسحنون: تنفذ الوصية فيهما.

الثاني لغيره في العتبية: تبطل فيهما.

الثالث لأشهب بالتفرقة.

قال: ويختلف على القول بأن الوصية بالعرصة لا تبطل ببنائها هل تكون للموصى له أو يكون شريكاً مع الورثة؟ فإذا قلنا: الهدم ليس برجوع، فقال أشهب: لا وصية في النقض. وقال ابن القاسم: النقض للموصى له.

وَلَوْ أَوْصَى بِشَيْءٍ لِزَيْدٍ ثُمَّ أَوْصَى بِهِ لِعَمْرٍو، فَلَيْسَ بِرُجُوعٍ وَيَشْتَرِكَانِ

نحوه في المدونة وغيرها.

ابن المواز: ذلك في كتاب أو كتابين، إلا أن يقوم دليل على رجوعه بلفظ أو بمعنى. قال في المدونة: ولو قال: "العبد الذي أوصيت به لفلان هو لفلان" كان رجوعاً، وكان جميعه للآخر.

محمد: ولو قال: بيعوه من فلان كان رجوعاً، اشتراه أو لم يشتره، قال: وكذلك لو قال: "بيعوه" ولم يقل: "مِنْ فلان"، سمى ثمناً أو لم يسمه.

ولو أوصى بعبده لفلان والعتق في كتاب أو كتابين عمل بالأخيرة: عتقاً أو غيره، قاله في المدونة. وقال أشهب: العتق أولى، تقدم أو تأخر.

سحنون: وإن أوصى أن تباع داره من فلان بمائة، ثم أوصى أن تباع من آخر بخمسين، فإن حملها الثلث بيع نصفها لهذا بخمسين، ومن هذا بخمسة وعشرين، وإلا خير الورثة فإما أجازوا أو تبرأوا من ثلث الميت في الدار، فتكون بينهما نصفين.

وَلَوْ أَوْصَى لِوَاحِدٍ بِوَصِيَّةٍ بَعْدَ أُخْرَى مِنْ صِنْفٍ وَاحِدٍ وَإِحْدَاهُمَا أَكْثَرُ؛ فَأَكْثَرُ الْوَصِيَّتَيْنِ، وَقِيلَ: الْوَصِيَّتَانِ، وَقِيلَ: إِنْ كَانَتِ الثَّانِيَةُ أَكْثَرَهُمَا أَخَذَهَا فَقَطْ، وَإِنْ كَانَتْ أَقَلَّ أَخَذَهُمَا، أَوْ مِنْ صِنْفَيْنِ فَالْوَصِيَّتَانِ ...

يعني: إذا أوصى لرجل واحد بوصية بعد أخرى؛ فإما أن يكونا من صنف أو من صنفين، فإن كانا من صنفين فله الوصيتان، سواء كانا من جنسين أو من جنس واحد، فقد نص ابن القاسم على أنه لو أوصى له بصيحاني وبرني: أن له الوصيتين.

محمد: وكذلك القمح والشعير والدراهم والسبائك.

الباجي: ولا خلاف أن الدراهم من سكة واحدة متماثلة، وكذلك الأفراس والإبل والعبيد، وأما الدنانير مع الدراهم فروى ابن الماجشون عن مالك أنهما صنف كالزكاة.

وقال ابن القاسم وأصبغ: بل هما صنفان، ويلحق بالصنفين ما إذا كانا معينين كقوله: "عبدي مرزوق لفلان" ثم قال في تلك الوصية أو غيرها: "وعبدي ناصح له" قال أشهب: إن كان معيناً وغيره فقال له: "عبدي فلان" ثم قال: "عبد من عبيدي" فله الوصيتان جميعاً.

اللخمي: وهو أصوب إذا كان بكتاب. ونسقهما من كلامه بغير كتاب. فإن لم يكن نسقاً ففيها نظر. وإن هو قدم النكرة ثم عين أيضاً ففيه إشكال؛ هل أراد تعيين ما أبهم أو وصية ثانية؟ وإن كان من صنف واحد فحكى اللخمي وغيره ثلاثة أقوال:

الأول لمالك وابن القاسم في المدونة: أن له أكثر الوصيتين، تقدمت أو تأخرت.

والثاني رواه علي بن زياد عن مالك: إن تأخر الأكثر فهو له فقط، وإن تقدم فله الوصيتان. ونقله ابن زرقون عن مطرف.

والثالث: إن كانا في كتابين فله الأكثر تقدم أو تأخر، وإن كانا في كتاب فقدم الأكثر فهما له، وإن أخره فهو له فقط. وعزاه اللخمي لمطرف.

والقول الثالث في كلام المصنف، هو رواية علي بن زياد. ونقل ابن زرقون عن ابن الماجشون أنه له الأكثر إذا كانا في كتابين، وإن كانا في كتاب واحد فله الوصيتان جميعاً، وإن كانت الثانية أكثر بمنزلة ما إذا عطف فقال: "لفلان عشرة، ولفلان عشرون". ولو قال: "لفلان عشرة، ولفلان عشرون" كان له الأكثر. قال: وإن كانتا في كتاب واحد بينهما وصايا فكرواية علي من الفرق بين أن يبدأ بالأقل أو بالأكثر. وتبع المصنف في القول الثاني أن له الوصيتين جميعاً ابن شاس، وعزاه ابن شاس لمالك من رواية مطرف وابن الماجشون وعلي بن زياد، وفيه نظر؛ لأن الذي نقله اللخمي عن علي بن زياد بالفرق. والذي نقله ابن أبي زيد وغيره من رواية مطرف وابن الماجشون بالفرق بين الكتاب

الواحد والكتابين، كما ذكر اللخمي عن مطرف. ولم أقف على القول بأن له الوصيتين مطلقاً، ولكل قول وجه لا يخفى عليك.

الباجي: وعلى حسب هذا تجري الوصيتان في الذهب والفضة والحيوان والعروض والثياب وغير ذلك، ما لم يكن في شيء معين. قاله أشهب في المجموعة وابن القاسم عن مالك. وروى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون أن ذلك في المكيل والموزون، وأما العروض فله الوصيتان، تفاضل ذلك أو تساوى، كانا في كتاب أو كتابين.[٧٦٩/ ب]

ابن زرقون: وقال ابن الماجشون: إن أوصى بعرضين مختلفين فإن كانا في وصية واحدة كانا له. وإن كانا في وصيتين كان له الأكثر من قيمتهما.

وقول المصنف: **(وَإِحْدَاهُمَا أَكْثَرُ)** يخرج ما إذا كانا متساويين، وذكر الباجي في المتساويين قولين، مثل أن يوصي له بعشرة ثم يوصي له بعشرة:

الأول لمالك وأصحابه: له العددان جميعاً.

وحكي في المعونة أن له أحدهما؛ لجواز تأكيد الأول بالثاني. وهذا ينحو إلى قول أشهب فيمن أوصى لرجل بثلاثة، ثم أوصى له بثلثه.

ابن زرقون: انظر قوله: "هذا قول مالك وأصحابه" وفي الموازية عن مالك من رواية ابن القاسم: أن له أحدهما، مثل قول عبد الوهاب.

فرع:

واختلف إذا أوصى له بجزء وعدد، كما لو أوصى له بالثلث ثم بدنانير، على ثلاثة أقوال:

الأول: أن له الأكثر، وبه يحاص، كان ماله عيناً أو عرضاً، وهو ظاهر مذهب ابن القاسم.

والثاني: أنهما له ويحاص بهما من غير تفصيل، وهو مذهب أشهب.

والثالث: إن كان ماله عيناً، وأوصى له بعين ضرب بالأكثر، وإن كان ماله عرضاً وأوصى له بعرض ضرب بهما، وهو قول سحنون وأصبغ، قاله المازري.

الْمُوصَى لَهُ مَنْ يَصِحُّ تَمَلُّكُهُ، فَتَصِحُّ لِلْحَمْلِ الثَّابِتِ، وَلِحَمْلٍ سَيَكُونُ

الركن الثاني: الموصى له، من يتصور منه قبول أن يملك، فلذلك صحت الوصية لحمل سيكون؛ لأنه يقبل أن يملك.

فَإِنْ لَمْ يَسْتَهِلَّ بَطَلَتْ

يعني: أن استحقاق الحمل الموصى له مشروط باستهلاله صارخاً، وهكذا قال في المدونة.

وَلَوْ تَعَدَّدَ وُزِّعَ عَلَيْهِ

أي: فإن تعدد الحمل بأن وضعت توءمين فأكثر وزع الموصى به عليهما؛ بسبب صدق الحمل عليهما.

ابن رشد: والذكر والأنثى في ذلك سواء.

وَتَصِحُّ لِلْعَبْدِ، وَلا يَحْتَاجُ إِلَى إِذْنِ السَّيِّدِ فِي الْقَبُولِ

قد قدم المصنف هذا في الحَجْرِ حيث قال: وله أن يتصرف في الوصية له والهبة ونحوها، ويقبلها بإذن سيده، وبغير إذنه، وكذلك غير المأذون.

وللسيد أن ينتزع ما أخذه العبد، إلا أن يعلم أن الموصي قصد بذلك التوسعة على العبد، وألا يتصرف فيهما سيده فينبغي أن يعلم قصد الموصي كما تقدم في الوصية للمحجور. وإليه أشار اللخمي.

وَلَوْ كَانَ عَبْدَ وَارِثٍ؛ لَمْ يَصِحَّ إِلا بِالتَّافِهِ كَالدِّينَارِ

أي: فإن كان الموصى له عبد وارث لم تصح له إلا بالتافه. وبقي عليه قيد آخر، وهو أن يريد ناحية العبد. ففيها: ولا تجوز وصية رجل لعبد وارثه إلا بالتافه كالثوب ونحوه مما يريد به ناحية العبد لا نفع سيده، كعبد كان خدمه ونحوه. وَمَثَّل ابن القاسم وأشهب اليسير بالدينار كما ذكر المصنف. قالا: وأما الشيء الكثير فهو مردود، إلا أن يكون على العبد دين يغترق وصيته، أو يبقى منها ما لا يتهم فيه فذلك جائز.

بعض القرويين: وفيه نظر؛ لأن زوال الدين يزيد في قيمته، فيكون الوارث قد انتفع، إلا أن يكون بقاء الدين عليه وهو مأذون له لا ينقص من ثمنه كثيراً، وزواله عنه لا يزيد في ثمنه كثيراً فتصح ويصير كأنه أوصى له بشيء يسير.

أشهب: وتجوز الوصية لمكاتب الوارث بالتافه، وأما الكثير فتجوز بشرط ملاء العبد وقدرته على أداء الكتابة.

وقال اللخمي: أرى أن يجوز، وإن كان الأداء أفضل؛ لأن القصد بهذه الوصية خروج المكاتب من الرق. قال: وقد اختلف فيمن زوج ابنته في مرضه وضمن الصداق، فقيل: هي وصية للزوج، وإن كانت المنفعة تصير للابنة. وقيل: لا يجوز الضمان. والأول أحسن.

وقول المصنف: (**عَبْدَ وَارِثٍ**) مقيد بما إذا تعدد الوارث، ولو كان واحداً لصح. قال في المدونة: وإن أوصى لعبد ابنه ولا وارث له غيره جاز.

اللخمي: وحيث أجزنا الوصية لعبد الموصي أو لعبد وارثه لم يكن لسيد العبد أن ينتزعها.

ابن القاسم: ولو انتزعها لكانت وصية الميت غير نافذة.

وإن باعه الورثة باعوه بماله، وكان للمشتري انتزاعه. وقال أشهب: يقر ذلك بيد العبد حتى ينتفع به ويطول زمن ذلك، ولا ينتزعونه إن باعوه قبل أن يطول.

وَمَنْ أَوْصَى لِعَبْدِهِ بِثُلُثِ مَالِهِ ، فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: إِنْ كَانَ يَحْمِلُ رَقَبَتَهُ عَتَقَ كُلُّهُ وَأَخَذَ الْبَاقِي، وَإِلا قُوِّمَ بَقِيَّتُهُ فِي مَالِهِ، وَقَالَ ابْنُ وَهْبٍ: لا يُقَوَّمُ فِي مَالِهِ، وَقَالَ الْمُغِيرَةُ: يَعْتِقُ ثُلُثَهُ فِيهِمَا وَيَأْخُذُ الْبَاقِيَ ...

يعني: وإن أوصى لعبده بجزء من ماله- وذكر الثلث على جهة المثال- فاتفق أولاً على أنه يعتق ثلثه؛ لكونه ملكه من نفسه، ثم اختلف:

فقال المغيرة: لا يزاد على الثلث فيهما؛ أي: في الصورتين، وهما: إذا حمل ثلث المال بقيته أو لم يحمله، وهو ظاهر. ووجهه: أنه لما ملك ثلثه عتق عليه جبراً، فلذلك لم يكمل في ماله، كما لو ورث بعض رقبته، ولم يكمل في مال الميت، إذ لا تكميل على ميت وقوله: (**وَيَأْخُذُ الْبَاقِي**) أي: باقي الثلث.

وقال ابن القاسم وابن وهب: بل يكمل العتق، ثم اختلفا فيما يكمل به، ولنذكر مثالاً ليتضح لك ما قالاه؛ فإذا كان العبد يساوي مائة وله مال مائة أيضاً وخلف السيد مائة فاتفق ابن القاسم وابن وهب على أنه يعتق منه الثلثان، ثم اختلفا:

فابن القاسم يعتقه كله؛ لأنه يُقَوِّمُهُ في ماله. وابن وهب لا يقول بذلك، فلا يعتق منه إلا الثلثان. وعلى قول المغيرة يعتق ثلثه فقط، ويأخذ من ماله ستة وستين وثلثين.

وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لِلْمَسْجِدِ وَالْقَنْطَرَةِ وَشِبْهِهِمَا؛ لأَنَّهُ بِمَعْنَى الصَّرْفِ فِي مَصَالِحِهِمَا

لَمَّا قَدَّمَ أن الموصى له من يصح تملكه، وكانت القنطرة وشبهها لا يصح تملكها، أشار إلى الاعتذار عنها فقال إن الوصية لها ليست على معنى التملك، وإنما هي على معنى الصرف [٥٧٠/ أ] في مصالحها فاللام الداخلة على (**الْمَسْجِدِ**) هي التي يقول الفقهاء: إنها لبيان المصرف وليست لام الملك، والمال الموصى به لم يزل على ملك ربه.

وَتَصِحُّ الْوَصِيَّةُ لِمَيِّتٍ عَلِمَ الْمُوصِي بِمَوْتِهِ؛ فَيُصْرَفُ فِي دَيْنِهِ أَوَ كَفَّارَاتِهِ أَوْ زَكَاتِهِ، وَإِلاَّ فَلِوَرَثَتِهِ ...

هذا أيضاً من معنى ما قبله؛ لأن الميت لا يصح تملكه. واحترز بقوله: (**عَلِمَ الْمُوصِي بِمَوْتِهِ**) مما لو لم يعلم، فإن الوصية تبطل؛ لأن الميت لا يصح تملكه. صرح بذلك في المدونة، وإن علم بموته، فإن لمشهور نفوذ الوصية.

وفي مختصر ابن عبد الحكم: بطلانها. ولا يبعد أن يتخرج هذا القول في التي قبلها، وعلى المشهور فتكون لورثته وتصرف في دينه.

وتبع المصنف في قوله: (**أَوَ كَفَّارَاتِهِ أَوْ زَكَاتِهِ**) ابن شاس.

واعترض ابن عبد السلام عليهما بأن المذهب أن الكفارة والزكاة المفرط فيهما لا يجب إخراجهما من ثلثه، إلا أن يوصي بهما والموصى له لم يذكر أنه أوصى بهما.

ويمكن أن يجاب بأنهما أطلقا إحالةً على ما عرف في المذهب أنها لا تكون في الثلث إلا إذا أوصى بها، وفيه بُعْدٌ.

وقوله: (**وَإِلاَّ فَلِوَرَثَتِهِ**) أي: وإن لم يكن عليه دين فلورثته. ولا يصح أن يريد: وإن لم يعلم؛ لأن الوصية هناك تبطل.

وَتَصِحُّ لِلذِّمِّيِّ

لأنه ممن يصح تملكه، واختلف قول مالك في كراهة الإيصاء له، والذي أخذ به ابن القاسم الجواز إذا كان على وجه الصلة كما لو كان أبوه نصرانياً.

قال في البيان: وأجاز أشهب ذلك في القرابة والأجنبيين من غير كراهة، قال: ومعنى ذلك في الأجنبيين إذا كان لهم حق من جوار، أو يد سلفت لهم، وأما إن لم يكن لذلك سبب فالوصية لهم محظورة؛ إذ لا يوصي للكافر من غير سبب ويترك المسلم إلا مسلم

سوءٍ مريض الإيمان. وتقييده بالذمي محتمل أن يكون له مفهوم؛ ليخرج الحربي فلا تصح الوصية له، وهذا قول أصبغ أنها تجوز للذمي ولا تجوز للحربي؛ لأن ذلك قوة لهم على حربهم، ويرجع ذلك ميراثاً، وكذلك من أوصى بما لا يحل. ونحوه في المجموعة فيمن أوصى لبعض أهل الحرب، وقال: فإن أجيز ذلك، وإلا فهو في السبيل لم يجز في سبيل ولا غيره، ويورث.

الباجي: وهو يدل على عدم الجواز. ويحتمل ألا يكون له مفهوم؛ لمساواة المسكوت عنه للمنطوق، وهو قول عبد الوهاب في "الإشراف" قال: تجوز الوصية للمشركين؛ أهل حرب أو أهل ذمة.

وقال القاضي أبو الحسن: تكره للحربي، فإن كانت الكراهة على بابها ففي المسألة ثلاثة أقوال.

وَلِلْقَاتِلِ إِنْ عَلِمَ الْمُوصَى بِالسَّبَبِ، فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ فَقَوْلانِ

يعني: وتصح للقاتل إذا علم الموصي بسبب القتل، كما لو ضربه ضرباً أدى إلى قتله وعلم أنه هو الذي ضربه -جازت وصيته له.

وقوله: (**بِالسَّبَبِ**) هو على حذف مضاف؛ أي: بذي السبب، أو على حذف معطوف؛ أي: بالسبب وصاحبه، وليس المراد تعلق العلم بنفس السبب.

ثم إن كان الضرب خطأً فالوصية في المال والدية، وإن كان عمداً فهي في المال دون الدية؛ لعدم العلم بها، والوصية إنما تكون فيما علمه الميت.

ابن القاسم: ولو أنه أوصى فقال: إن قبل أولادي الدية فوصيتي فيها، أو أوصي بثلثها لم يجز، ولا يدخل منها في ثلثه شيء؛ لأن ذلك عند الميت مال مجهول.

ابن يونس: ولو أنفذ مقاتله، مثل أن يقطع نخاعه أو مصرانه، وبقي حياً يتكلم، فَقَبِلَ أولاده الدية وعلمها لدخلت فيها وصاياه؛ لعلمه به.

وقوله: (**فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ فَقَوْلانِ**) مفهوم المدونة البطلان.

وقال محمد: تصح؛ لأن له إنشاء الوصية بعد الضرب فلا يتهم على الاستعجال.

وحمل اللخمي وغيره قوله على الخلاف، وعليه يتمشى كلام المصنف. وحمله ابن أبي زيد وغيره على الوفاق.

وَإِنْ قَتَلَهُ عَمْداً بَعْدَ الْوَصِيَّةِ بَطَلَتْ

لأنه يتهم بالاستعجال فيمنع كالميراث، ولمراعاة التهمة.

قال أشهب: لو أوصى لمعتوه أو صبي فقتلا الموصي- أن الوصية لهما نافذة؛ لعدم تهمتهما.

فَإِنْ قَتَلَهُ خَطَأً فَمِنْ مَالِهِ لا مِنْ دِيَتِهِ

أي: فالوصية من المال دون الدية. **مالك**: كالميراث.

محمد: لأن الدية أُدِّيَتْ عنه، وهو أيضاً يودي فيها، فلا يودي عن نفسه لنفسه.

وقيد هذا بعض القرويين فقال: هذا إذا مات بالفور، وإن حيي وعرف ما هو فيه دخلت الوصايا في ديته. وقاله بعض الصقليين. وقال بعضهم: بل الحكم على إطلاقه.

واختلف أيضاً إذا لم يعلم؛ ففي الموازية: سواء علم أو لم يعلم يأخذ القاتل خطأً وصيته فيهما. وحمله أكثرهم على الوفاق للمدونة؛ لأن الدية قد علم أنها من حقه قبل الوصية فصارت كمال له. وظاهر كلام آخرين حمله على الخلاف.

واختلف إذا كان الموصى له عبد القاتل خطأً؛ فقيل: تكون الوصية له في المال والدية؛ لأن الموصى له ليست الدية عليه. وقيل: هو كالأول.

واعترض اللخمي تشبيه هذا بالإرث؛ وإن منع الميراث من الدية شرع، حتى لو أوصى بأن يرث القاتل منها ما جاز، ولو أوصى للقاتل غير الوارث أن يعطي ثلث الدية

جاز. ونقض أيضاً تعليل محمد بأنه يأخذ مما يؤدي بها لو أوصى لغريمه بثلث ماله -فإن للغريم من الدين الذي عليه ثلثه.

وَلَوْ عَلِمَ فَلَمْ يُغَيِّرْهَا فَكَمَا لَوْ أَنْشَأَهَا

يعني: وإن كانت الوصية قبل القتل وتراخى الموت عن القتل وعلم الميت بقاتله ولم يغير الوصية - فذلك كما لو أنشأها بعد القتل. وقد تقدم هذا قول محمد، ورأى أن سكوته عنها كالإجازة لها. وظاهره سواء كانت [٧٧٠/ ب] الوصية بكتاب أو لا، وهو ظاهر كلام ابن يونس. وحكي قولاً أنها بطلت بالقتل، كما قال في المدبر إذا قتل سيده وحيي بعد ضربه ثم مات: إن تدبيره يبطل حتى يجدد له التدبير.

ابن عبد السلام: وهذا القول أظهر؛ لِمَا عُلِمَ أن التدبير أقوى من الوصية، فإذا بطل ولم يكن السكوت موجباً للتجديد فأحرى الوصية التي هي أضعف.

ابن يونس: وعلى الأول يكون سكوته كالمجيز لما تقدم من التدبير. وفَصَّلَ اللخمي في هذا؛ فذكر أنها تبطل إذا لم تكن بكتاب كما لو مات بالفور، وذكر الخلاف إذا كانت بكتاب.

وإذا أوصى لمكاتب فقتله سيد المكاتب، فإن كان ضعيفاً وأداؤه خير لسيده بطلت الوصية للتهمة، وإن كان قوياً على الأداء وعجزه خير لسيده فالوصية جائزة. ولو كان القتل خطأً جازت له من الثلث مطلقاً. واستحسن أشهب هنا أن تكون من ثلث عقله.

قال: فإن أوصى لعبد رجل أو مدبره أو معتقه لأجَلٍ أو معتق بعضه فقتل سيده الموصي عمداً- فتلك الوصية باطلة، إلا أن يكون شيئاً تافهاً لا يتهم بالقتل على مثله فتنفذ.

ولو كان له الانتزاع يوماً ما أو أتبعه بذلك؛ فإن كان تافهاً فذلك نافذ في العمد والخطأ، وإن كان له بال بطلت في العمد وجازت في الخطأ في ثلث المال. وأستحسن هنا أن تكون في ثلث العقل.

ومن أوصى لرجل فقتله ابن الموصى له أو أبوه أو أمه أو زوجته أو عبد أحدهما أو أم ولد الموصى له- فالوصية جائزة، قتله عمداً أو خطأً.

ولو وهب لرجل في مرضه فقتله الموهوب له جازت من الثلث، قتله عمداً أو خطأً، قبضها أو لا، عاش أو مات، ولم تكن وصية؛ لأن قتله أضر به؛ لأنه لو عاش كانت من رأس ماله.

ولو أقر له بدين في مرضه فقتله ثبت الدين؛ لأن أم الولد إذا قتلت سيدها عمداً أعتقت إن عفا عنها.

ولو أقر لوارثه بدين أو وهب له هبة بتلاً فقتله الوارث فلا شيء له من ذلك، بخلاف الأجنبي.

وَتَصِحُّ لِلْوَارِثِ، وَتَقِفُ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ كَزَائِدِ الثُّلُثِ لِغَيْرِهِ

يعني: أن الوصية للأجنبي بالثلث فما دونه جائزة ولا خيار للورثة، وإنما لهم الخيار فيما زاد بَيْنَ أن يجيزوا الزائد أو يردوه، وكذلك لهم الخيار في الوصية للوارث. فالتشبيه في قوله: (**كَزَائِدِ الثُّلُثِ**) لإفادة الحكم فيهما.

وإن قلت: لقوله صلى الله عليه وسلم: «**إن الله أعطى كل ذي حق حقه؛ فلا وصية لوارث**».

فروى الدارقطني عن ابن جريج عن عطاء الخراسانيْ عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «**لا تجوز الوصية للوارث، إلا أن يشاء الورثة**». لكن عطاء الخرساني لم يدرك ابن عباس، وقد وَصَلَهُ يونس بن راشد فرواه عن عكرمة عن ابن عباس. **عبدالحق**: والمقطوع هو المشهور.

وقال أبو عمر: لا يصح عندهم مسنداً، وإنما هو من قول ابن عباس.

على أنه اختلف إذا زاد الموصي على الثلث يسيراً؛ **فقيل** فيمن أوصى بعتق عبده: إن حمله الثلث فزادت قيمته على الثلث شيئاً يسيراً أنه يعتق ولا يتبع بشيء. **وقيل**: يتبع بذلك القدر. وقيل: يكون ذلك القدر رقيقاً. **وقيل**: يرق جميعه؛ لقول الميت: إن وسعه الثلث.

وَفِي كَوْنِهَا بِالإِجَازَةِ تَنْفِيذاً أَوِ ابْتَدَاءُ عَطِيَّةٍ مِنْهُمْ - قَوْلانِ

الضمير في (**كَوْنِهَا**) يحتمل أن يعود على الوصية للوارث، ويحتمل أن يعود على الوصية للوارث وغيره؛ لأن هذا الخلاف فيهما، ويبعد أن يعود على الوصية بزائد الثلث للأجنبي؛ لأن المصنف لم يذكر هذه إلا بطريق التشبيه.

ومذهب المدونة في الوصية للوارث أنها ابتداء عطية، ففيها: إذا أوصى الأب بأكثر من ثلثه، فأجاز الابن وعليه دين، فقال ابن القاسم: للغرماء أن يردوا ذلك. واستحسنه اللخمي.

والقول الثاني لابن القصار وابن العطار، وهو الذي نقله القاضي أبو محمد والباجي عن المذهب.

وعلى الأول فيكون فعل الميت على الرد حتى يجاز، وعلى الثاني عكسه، وعلى الأول فلا يحسن أن يقال: إن الوصية تصح للوارث. واختلف إذا أجاز الوارث ولا دين عليه فلم يقبل ذلك الموصى له حتى استدان الوارث أو مات؛ فقيل: إنَّ غرماء الابن أو ورثته أحق بها؛ لأنها هبة منه ولم تحز.

وقال أشهب: يبدأ بوصية الأب قبل دين الابن، وبالجملة فعلى الأول تجري على أحكام الهبة؛ من اشتراط الحوز وغيره.

فَإِنْ قَالَ: إِن لَمْ يُجِيزُوا فَهُوَ لِلْمَسَاكِينِ وَشِبْهِهِ - فَإِنْ لَمْ يُجِيزُوا كَانَ مِيرَاثاً، وَإِنْ أَجَازَوا - فَقَوْلانِ ...

أي: إذا أوصى لوارثه بعبد – مثلاً – أو بثلثه وقال: "إن لم يجيزوه لولدي فهو للمساكين"، أو بعتق العبد، فإن لم يجيزوا الوصية للوارث رجعت ميراثاً، ولا تنفذ للمساكين؛ لأنه قصد بالوصية الضرر فتبطل لقوله تعالى في الموصي: ﴿ غَيْرَ مُضَآرٍّ ﴾ [النساء: ١٢]، وقال محمد بن عبد الحكم: تنفذ، ويعتق العبد.

اللخمي: وهو أحسن؛ لأن العتق مما يراد به البر، وإنما أراد أن يُؤْثِرَ به ولده، فإن لم يكن قَدَّمَهُ لآخرته فأدنى منازله أنه مشكوك هل أراد الضرر أم لا؟ فلا تبطل بالشك. وإن أجازها الورثة لوارثه فذكر المصنف وابن شاس قولين:

ابن شاس: جاز في رواية ابن أبي أويس.

وروى ابن القاسم أنها مردودة على كل حال وإن أجازوها.

خليل: وما نسبه لرواية ابن القاسم مشكل، ولا وجه لردها بعد الإجازة؛ لأن الحق لورثته وقد أسقطوه.

فإن قيل: بل هو لله تعالى، **قيل**: يلزم ذلك في الوصية المطلقة للوارث، ولم يحك المصنف ولا غيره خلافاً في إمضائها بالإجازة، ثم إن مفهوم المدونة خلاف ما ذكر؛ لأن فيها: إذا أوصى بعبده لوارثه وقال: إن لم [٧٧١/ أ] يجيزوا فمفهوم قوله: (**إِن لَمْ يُجِيزُوا**) أنه لا يورث إن أجازوا. والله أعلم.

وهذا الفرع مقصور على الوصية للوارث، ولا يتناول الزيادة على الثلث.

فَإِنْ قَالَ: لِلْمَسَاكِينِ إِلا أَنْ يُجِيزُوهُ لابْنِي، فَقَالَ الْمَدَنِيُّونَ: تَجُوزُ، وَقَالَ أَشْهَبُ: هِيَ كَالأُولَى ...

هذه عكس التي قبلها؛ لأنه في الأولى قدم الوارث، وفي هذه قدم المساكين، فلهذا قال المدنيون بإجازة هذه، وهو المشهور. وتخصيص المدنيين به ليس بظاهر، بل قال به كبراء المصريين؛ ابن القاسم وابن وهب وأصبغ استحساناً. قال: وفيه مغمز، والقياس البطلان.

وذكر أبو الحسن في هذه المسألة والتي قبلها ثلاثة أقوال:

الإجازة فيهما، سواء بدأ بالوارث أو بغيره. وهو قول ابن عبد الحكم.

والثاني -مقابله- **لأشهب**؛ لأن ذلك تحيل على الإيصاء للوارث فيهما.

والثالث لابن القاسم: لا تجوز إن بدأ بالوارث، وتجوز في العكس.

وَإِجَازَةُ الْوَرَثَةِ فِي الصِّحَّةِ مِنْ غَيْرِ سَبَبٍ وَصِيَّةٌ غَيْرُ لازِمَةٍ

أي: إذا أوصى الوارث بأكثر من الثلث فأجاز الورثة فلهم ثلاثة أحوال:

الأول: أن تكون في الصحة من غير سبب، وهو الذي بدأ به المصنف وذكر أن إجازتهم غير لازمة؛ لأنه كمن أعطى شيئاً قبل ملكه أو جريان سبب ملكه. هكذا أشار إليه مالك في الموطأ.

وروي عن مالك أن ذلك لازم، ومثله في الموازية فيمن قال: ما أرث من فلان صدقة عليك، وفلان صحيح، قال: يلزمه ذلك، إذا كان في غير هزل.

اللخمي: والأول أشهر، وهذا أقيس؛ لأنه التزم ذلك بشرط حصول الملك فأشبه من أوجب الصدقة بما يملك إلى أجل وفي بلد سماه أن يعتق ذلك، أو بطلاق ما يتزوج فيه.

قال ابن الحاج: انظر على ما في الموطأ: لو أوصى رجل لرجل بمال فلم يقبل ذلك الموصى له في صحة الموصي ورده، ثم مات الموصي ورجع الموصى له إلى قبول المال فذلك له؛ لأنه لم تجب له الوصية إلا بعد موت الموصي.

فَإِنْ كَانَ لِسَبَبٍ كَسَفَرٍ وَغَزْوٍ فَقَوْلانِ

هذا هو **الوجه الثاني** يعني: وإن أجاز الورثة في الصحة لسبب كالسفر والغزو فروى ابن القاسم في العتبية أن ذلك يلزمهم كالمريض. وقاله ابن القاسم.

وقال ابن وهب في العتبية: كنت أقول هذا ثم رجعت إلى أن ذلك لا يلزمهم؛ لأنه صحيح. وقاله محمد. **أصبغ**: وهو الصواب.

فَإِنْ كَانَ فِي الْمَرَضِ وَلَمْ تَتَخَلَّلْهُ صِحَّةٌ فَكَالْمَوْتِ عَلَى الأَشْهَرِ

هذا هو **الوجه الثالث**.

وقوله: (**وَلَمْ تَتَخَلَّلْهُ صِحَّةٌ**) أي: بين الوصية والموت -لزمت الورثة، كما لو أجازوا بعد الموت على الأشهر، وهذا مذهب المدونة والموطأ وغيرهما. وقيده عبد الوهاب بالمرض المخوف، وأما غيره فكالصحيح. ومقابله لعبد الملك.

ومفهوم قوله أنه لو تخللت الصحة لما لزمت. وكذلك نص عليه ابن القاسم، قال: لأنه صح واستغنى عن إذنهم؛ فلا يلزمهم حتى يأذنوا له في المرض الثاني.

ابن كنانة: ولكن يحلفون أنهم ما سكتوا رضًى بذلك.

إِلا أَنْ يَتَبَيَّنَ عُذْرُهُ؛ مِنْ كَوْنِهِ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ أَوْ دَيْنُهُ أَوْ سُلْطَانُهُ

هذا استثناء من اللزوم المفهوم من قوله: (**فَكَالْمَوْتِ**) أي: يلزم الوارث إذنه لموروثه، إلا أن يتبين عذر الوارث في الإذن؛ من كون الوارث عليه نفقة المريض أو عليه دينه، وقال: إنما أجزت خيفة أن يقطع عني نفقته، أو يطالبني بدينه. فـ(**مِنْ**) من قوله: (**مِنْ كَوْنِهِ**) سببية.

ونص في المدونة على أن لمن في عياله من ولد قد احتلم وبناته وزوجاته -الرجوع. وكذلك قال ابن القاسم في المجموعة: إنما يلزم إذن الوارث للمريض إذا كان بائناً عنه.

وأما بناته الأبكار وزوجاته وَمَنْ في عياله فلهم الرجوع بعد موته.

ابن القاسم في المدونة: وليس للسفية ولا للبكر إذن. وظاهره ولو كانت معنسة. وقال ابن كنانة: إلا المعنسة فيلزمها.

واختلف في الزوجة؛ فقال مالك وابن القاسم: لها أن ترجع. وقال أشهب في المجموعة: ليس كل زوجة لها أن ترجع، رُبَّ زوجة لا تهابه ولا تخاف منه فهذه لا ترجع، وكذلك الابن الكبير.

وهو في عيال أبيه إذا كان ممن لا يخدع. وقال غيره: لا يلزمه إذا كان في رفق الأب، ويحلف أنه إنما أجزت خيفة أن يصح فيقطع عني معروفه.

اللخمي: وقول أشهب في الزوجة حسن، فأما الولد فقول غيره أصوب.

اللخمي: وإن كان الولد رشيداً وليس في نفقة الميت لزمه ذلك، ولم يكن له أن يرجع، سواء كانت إجازته ابتداءً أو بعد السؤال.

ولم يذكر هو وغيره في ذلك خلافاً إن لم يكونوا في عياله. وظاهر كلام المصنف أن لمن في العيال والمديان ونحوهما الرجوع سواء تبرعوا بالإذن ابتداءً، أو طلب الموروث ذلك منهم. ذكره صاحب النكت عن غير واحد من شيوخه؛ لأن الورثة تقول بادرناه بالإجازة لتطييب نفسه، وخشينا إن لم نفعل أن يمنعنا رفده.

وذهب التونسي واللخمي إلى أنهم إذا تبرعوا بالإذن ابتداءً فليس لهم الرجوع. وفي المجموعة عن مالك: إن سأل بعض ورثته أن يهب له ميراثه حين تحضره الوفاة ففعل ثم لم يقض فيه شيئاً فإنه يرد إلى واهبه.

قال عنه ابن وهب: إلا أن يكون سمى له من يهبه له من ورثته فذلك ماض، ولو وهب له ميراثه فأنفذ بعضه فما بقي فيرد إلى معطيه، ويمضي ما أنفذ. وهو معنى ما في الموطأ.

وَلَوْ قَالَ: مَا عَلِمْتُ أَنَّ لِي رَدَّهَا، وَمِثْلُهُ يَجْهَلُ؛ حُلِّفَ

أي: لو قال الوارث بعد أن أجاز الوصية [٧٧١/ ب] في حال تلزمه إجازتها: "لم أعلم أن لي رد الوصية" فإن كان مثله يجهل حلف ولم يلزمه. وهذا مبني على أن من دفع شيئاً يظن أنه يلزمه فتبين أنه لا يلزمه.

وذكر في البيان في كتاب الصدقات: أنه اختلف في ذلك على ثلاثة أقوال، قال: واختصار ذلك أن تقول: اختلف هل يعذر بالجهل أو لا؟ وعلى أنه يعذر ففي تصديقه قولان. وإذا صدقناه فقيل: بيمين، وقيل: بغير يمين. انتهى.

ومن هذه القاعدة ما إذا أنفق لحمل ثم تبين أنه لا حمل، وفيها أربعة أقوال تقدمت من كلام المصنف في باب النفقات.

وَلَوْ كَانَ وَارِثاً فَصَارَ غَيْرَ وَارِثٍ أَوْ بِالْعَكْسِ، وَالْمُوصِي عَالِمٌ - اعْتُبِرَ الْمَالُ، فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ فَقَوْلانِ ...

كما لو أوصى لأخيه ولا ولد له، ثم ولد له ولد، أو أوصت لزوجها ثم أبانها- اعتبر ما آل الأمر إليه فتصح الوصية في الأولى، وتبطل في الثانية.

وقوله: (**فَقَوْلانِ**) مذهب ابن القاسم أن الوصية تبطل، وهو مفهوم المدونة، لقوله: ومن أوصى لأخيه بوصية في مرض أو صحة وهو وارثه لم يجز، فإن وُلِدَ له وَلَدٌ يحجبه جازت الوصية وإن مات إذا علم بالولد؛ لأنه قد تركها بعد ما وُلِدَ له فيصير مجيزاً لها. ومفهومه إن لم يعلم بالولد لم تجز.

ولابن القاسم في العتبية والمجموعة في امرأة أوصت لزوجها ثم طلقها ألبتة ثم ماتت: فإن علمت بطلاقه فالوصية له جائزة، وإن لم تعلم فلا شيء له؛ لأنها كانت تظن أنه وارث.

والقول بعدم البطلان لأشهب والمخزومي. وابن نافع وابن كنانة أن الوصية له جائزة؛ سواء علم الموصي بأنه صار غير وارث أم لا. وروي عن ابن القاسم أيضاً مثل قولهم.

واستظهر ابن رشد قول ابن القاسم في مسألة الزوجة، وهو عدم جواز الوصية إلا أن تكون علمت بطلاقه؛ لأنها إنما أوصت له لِمَا بينهما من مودة الزوجية، ولعلها لو علمت بالطلاق لم توص له بشيء. واستظهر في مسألة الأخ وشبهها قول غير ابن القاسم.

وَإِذَا أَوْصَى لأَقَارِبَ فُلانٍ دَخَلَ الْوَارِثِ وَغَيْرُهُ مِنَ الْجِهَتَيْنِ، بِخِلافِ أَقَارِبِهِ؛ لِلْقَرِينَةِ الشَّرْعِيَّةِ ...

مراده بالجهتين: جهة الأب وجهة الأم.

وقوله: (**بِخِلافِ أَقَارِبِهِ**) فإنه لا تدخل إلا القرابة التي لا ترثه؛ للقرينة الشرعية في منع الإيصاء للوارث.

ولا خلاف أنه إذا أوصى لقرابته وليس له قرابة من قبل أبيه أن الوصية تكون لأقاربه من جهة أمه. واختلف إذا كان له قرابة يوم الوصية من جهة أبيه -على ثلاثة أقوال؛ قال ابن القاسم: لا تدخل قرابته من قبل الأم بحال.

وروى مطرف وابن الماجشون دخولهم مطلقاً.

وقال عيسى: إن لم يكن من قبل أبيه إلا القليل- كالواحد والاثنين- دخلوا.

واختلف في دخول ولد البنات على قولين.

وما ذكره المصنف من عدم دخول الوارث إذا أوصى لأقاربه هو منصوص لمالك في الموازية.

وقال ابن حبيب: إذا أوصى لقرابته أو رحمه أو أهله أو أهل بيته -فقال مالك وأصحابه: إنه لجميع قرابته من قبل أبيه وأمه ومن يرثه ومن لا يرثه.

وفائدة دخول الوارث على هذه المحاصة بنصيبه ثم يرجع ميراثاً.

ونقل الشيخ أبو محمد عن أبي بكر بن محمد أنه قال لهم: "إن قال: على قرابتي" نُظِرَ إلى المال فإن كان قليلاً كان لأهل حرمه دون غيرهم، وإن كان كثيراً دخل فيه الخؤولة وغيرهم.

وَيُؤْثَرُ فِي الْجَمِيعِ ذُو الْحَاجَةِ وَإِنْ كَانَ أَبْعَدَ

يعني زاد ذو الحاجة، ولا يعطى الجميع.

مالك: ويعطى فقراء بني الورثة، وهو لمن حضر القسم، ولا شيء لمن غاب.

ابن القاسم: والرجال والنساء في ذلك سواء.

الباجي: ولعل هذا على مذهب من يرى أن المؤنث يدخل في جمع المذكر.

أشهب: ومن أوصى لقرابته وله قرابة مسلمون ونصارى -فهم في ذلك سواء، ولا يؤثر الأحوج.

ابن كنانة: في الموصي لأقاربه، وسماها صدقة، ولم يسم أهل الحاجة ولا غيرهم- فلا يعطى إلا الفقراء خاصة. فإن لم يذكر صدقة فأغنياء قرابته وفقراؤهم سواء، إلا أن يريد الفقراء دون الأغنياء.

وَلأَقَارِبِهِ وَلأَرْحَامِهِ سَوَاءٌ

يعني: إذا أوصى لأرحامه فهو كما أوصى لأقاربه-فيدخل القريب من الجهتين؛ يريد: ويؤثر الأحوج وإن كان أبعد. وإلى ذلك أشار بقوله: (**سَوَاءٌ**).

وفي كلام ابن الماجشون ما يقتضي خلافه؛ لقوله: يقسم بينهم على الاجتهاد ويؤثر الأقرب فالأقرب، والأحوج فالأحوج إن اتسع المال.

ولابد من عمومهم كلهم، فإن ضاق المال سوي بينهم فيه؛ لأنهم كلهم قرابة؛ إذ مقتضاه عدم الإيثار في الضيق. ودخل الوارث في قرابة فلان دون قرابته؛ للقرينة الشرعية.

وَلَوْ أَوْصَى لِلأَقْرَبِ فَالأَقْرَبِ؛ فُضِّلَ الأَقْرَبُ وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ يَسَاراً

(**الأَقْرَبُ**) فعل تفضيل يفيد التقديم بحسب القرب، والفاء تفيد الترتيب في منازل القرب، وكلامه صريح في إعطاء الأقرب الأكثر، وإن كان من دونه أفقر منه. ثم فرع على ذلك فقال:

فَيُفَضَّلُ الأَخُ عَلَى الْجَدِّ، وَالأَخُ للأَبِ عَلَى الأَخِ لِلأُمِّ

لأن الأخ وابنه يدليان بالبنوة، والجد يدلي بالأبوة، والبنوة أقرب. ويقدم الأخ الشقيق على الأخ للأب.

وقوله: (**وَالأَخُ للأَبِ عَلَى الأَخِ لِلأُمِّ**) مبني على دخول أقارب الأم كما تقدم. وأما على القول الآخر فلا دخول للأخ للأم أصلاً.

وَلا يُعْطَى الأَقْرَبُ الْجَمِيعَ بِخِلافِ الْوَقْفِ

هكذا نص عليه ابن القاسم في العتبية في الجد والأخ: أن الأخ لا يعطى الجميع، قال: ولو كان الذي أوصى به حبساً فالأخ أولى، فإذا هلك صارت لجده، ثم من بعده للعم. وقيده ابن رشد بالسكنى، قال: وأما الغلة فإن الأبعد يدخل مع الأقرب بالاجتهاد كالوصية.

قال في العتبية: وإن كانوا ثلاثة إخوة مفترقين فالأخ الشقيق [٧٧٢/ أ] أولى، ثم الذي للأب. فإن كان الأقرب موسراً والأبعد معدماً- فليعط الأبعد على وجه ما أوصى، ولا يكثر له وإنما لم يعط الأقرب هنا الجميع بخلاف الوقف؛ لأنه لو أعطى الأقرب الجميع حرم الأبعد بالكلية، بخلاف الوقف فإنه وإن حرم الآن فسيتحصل له في المستقبل.

وَإِذَا أَوْصَى بِثُلُثِهِ لِزَيْدٍ وَلِلْفُقَرَاءِ؛ أُعْطِيَ بِاجْتِهَادٍ بِحَسَبِ فَقْرِهِ، فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يُقْسَمَ لَهُ فَلا شَيْءَ لِوَرَثَتِهِ، وَالثُّلُثُ لِلْمَسَاكِينِ ...

أعطي بالاجتهاد؛ أي: لا نصف المال، وهكذا في المدونة. ورأى أن ضم المعلوم إلى المجهول قرينة تدل على إرادة الموصي لِسَدِّ خَلَّةِ الموصى له؛ لأن القسمة على المجهول بالاجتهاد، فكذا نصيب المعلوم الذي ضم إليه. وإذا صح كون ذلك قرينة لم تصح معارضة هذه المسألة بمذهب ابن القاسم فيمن صالح بشيء عن موضحة عمد أو موضحة خطأ أن للعمد النصف.

قوله: (**فَإِنْ مَاتَ**) أي: المعين فلا شيء لورثته. هكذا قال محمد، ووجهه أن القسمة لما كانت بالاجتهاد وصار زيد كواحد منهم، وكان المعتبر من الفقراء إنما هو من حضر القسمة- لم يكن لورثته شيء. وهذا يحسن إذا كان زيد فقيراً، وأما إن كان غنياً فينبغي أن يكون سهمه لورثته، بل لو قال بذلك ولو كان فقيراً لكان حسناً. وقد ذهب بعض الأئمة خارج المذهب إلى أن له النصف.

وَإِذَا أَوْصَى لِجِيرَانِهِ فَفِي إِعْطَاءِ الأَوْلادِ الأَصَاغِرِ وَالْبَنَاتِ الأَبْكَارِ قَوْلانِ، وَتُعْطَى الزَّوْجَةُ وَلا يُعْطَى الْعَبْدُ سَاكِناً مَعَهُ ..

القول بإعطاء ولده الأصاغر وبناته الأبكار لسحنون. ومقابله لعبد الملك، قال: إذا أوصى لجيرانه أعطي الجار الذي له اسم المسكين ولا يعطى أتباعه، ولا ابنته البكر، ولا

ضيف ولا نزيل. ويعطى الولد الكبير البائن عنه بنفقته. واتفقا على إعطاء الزوجة. وقال ابن شعبان: لا تعطى.

قوله: (**وَلا يُعْطَى الْعَبْدُ سَاكِناً مَعَهُ**) أي: مع سيده، ويعطى منفرداً، كان سيده جاراً أو لا. هكذا نص عليه عبد الملك.

فرعان:

الأول: قال عبد الملك: ومن أوصى لجيرانه فهو مِنْ المجهول؛ فمن وجد يوم القسم جاراً دخل في ذلك؛ لأنه لم يقصد المعينين، فلو انتقل بعضهم أو كلهم، وَحَدَثَ غيرهم، وبلغ صغير- فذلك لمن حضر القسمة. وكذلك لو كان ذا جيران قليل فكثروا.

الثاني: لم يفسر المصنف الجوار، وفسره عبد الملك فقال: حد الجوار الذي لا شك فيه: ما كان يواجهه، وما لصق بالمنزل من ورائه وجانبيه، فإن تباعد ما بين العدوتين حتى يكون بينهما السوق المتسع فليس كذلك.

قال: وقد تكون دار عظمى ذات مساكن كثيرة، كدار معاوية، فإذا أوصى بعضهم لجيرانه اقتصر على أهل الدار. وإن سكن هذه الدار ربها- وهو الموصي- وشغل أكثرها، وسكن معه غيره فالوصية لمن كان خارجها، لا لمن كان فيها. وإن سكن أقلها- كالمكتري- فالوصية لمن كان في الدار خاصة.

ولو شغلها كلها بالكراء فالوصية للخارجين عنها من جيرانه. وقال مثله كله سحنون في كتاب ابنه.

عبد الملك: وجوار البادية أوسع من هذا وأشد تراخياً إذا لم يكن مَنْ دُونَهُ أقرب منه، وَرُبَّ جَارٍ وهو على أميال إذا لم يكن دونه جيران إذا جمعهم الماء في المورد، والمسرح للماشية. وبِقَدرِ ما يَنزِلُ يُجتَهَدُ فيه.

سحنون: والجوار في القرى أن كل قرية صغيرة ليس لها اتصال في البنيان والحارات- فهم جيران، وإن كانت كبيرة كثيرة البنيان كقشتالة فهي كالمدينة في الجوار. وذكر ابن شعبان حديثاً مرسلاً أنه عليه الصلاة والسلام قال: «**أربعون داراً جار**» ونقل عن علي رضي الله عنه أن الجار مَنْ سَمِعَ النداء.

وَلَوْ أَوْصَى لِتَمِيمٍ أَوْ بَنِي تَمِيمٍ فَثَالِثُهَا: قَالَ أَشْهَبُ: يَدْخُلُ الْمَوَالِي فِي الأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي، وَعَابَهُ ابْنُ الْمَاجِشُونِ ...

يعني: إذا أوصى لقبيلة، فقال ابن الماجشون: يدخل مواليها، سواء قال: لتميم -مثلاً- أو لبني تميم، لما في الحديث: «**مولى القوم منهم**».

وقال مالك وابن القاسم في المدونة: لا يدخلون. وهو أظهر من حيث العرف.

وفرق أشهب؛ فإن قال: لتميم دخلوا، وإن قال: لبني تميم لم يدخلوا.

وعاب ابن الماجشون قول أشهب، وقال: قد تكون قبائل لا يحسن أن يقال فيها: بنو فلان، منها: قيس وربيعة وجهينة ومزينة، وغيرهم. والأمر واحد حتى يقول: للصلبية دون الموالي.

ولأشهب أن يقول: إنما قلت هذا في القبيلة التي يقال فيها: بنو تميم، ولو رد قول أشهب بأنَّ المراد عرفاً بتميم: بنو تميم -فكان لا فرق- لكان حسناً.

وَلا يَلْزَمُ تَعْمِيمُ الْقَبِيلَةِ الْكَبِيرَةِ كَالْمَسَاكِينِ وَالْغُزَاةِ وَنَحْوِهِمْ

لتعذر التعميم عادة.

وقوله: (**كَالْمَسَاكِينِ وَالْغُزَاةِ**) تشبيه لإفادة الحكم، وإلا فإن المساكين ونحوهم ليسوا قبيلة حقيقة؛ إذ القبيلة بنو أب واحد.

ووصف القبيلة بالكبيرة يُفْهَمُ منه ولو كانت صغيرة يمكن حصرها؛ للزوم تعميمها.

وَيَدْخُلُ الْفُقَرَاءُ فِي الْمَسَاكِينِ وَبِالْعَكْسِ

نحوه في الجواهر، هذا والله أعلم لأنهما كالمترادفين عرفاً. وينبغي على ما تقدم في الزكاة -من أن المشهور تباينهما- أنه إذا أوصى مَنْ هو عالم بذلك ألا يدخل أحدهما على الآخر، ولا إشكال في هذا متى نَصَ على ذلك فقال: للمساكين لا للفقراء أو بالعكس.

الْمُوصَى بِهِ كُلُّ مَا يُمْلَكُ، فَلا يَصِحُّ بِخَمْرٍ وَشِبْهِهِ

الركن الثالث: الموصى به، فتصح بكل شيء يملكه الموصى له؛ فلذلك لم تصح بخمر وشبهه ولو أوصى به كافر لمسلم؛ لأن المسلم لا يصح تملكه لذلك.

وَتَصِحُّ بِالْحَمْلِ وَثَمَرَةِ الشَّجَرَةِ [٧٧٢/ب] وَالْمَنَافِعِ

إذ لا يشترط أن يكون معلوماً، بل تصح الوصية بالغرر والمجهول كالحمل والثمرة التي لم يبد صلاحها؛ لأنها هبة، بل هي أخف لعدم لزومها.

وَيَدْخُلُ الْحَمْلُ فِي الْجَارِيَةِ مَا لَمْ يَسْتَثْنِهِ

إذا أوصي لرجل بجارية وهي حامل فإن الحمل يندرج في الوصية؛ لأنه كالجزء منها، وهذا بشرط أن تضعه بعد موت السيد، وأما إن وضعته في حياته فإن الوصية لا تتضمنه على المنصوص.

ابن عبد السلام: ومقتضى النظر دخوله. ولا يصح تمكين السيد من الرجوع في الوصية؛ فإن هذا المعنى ملغى في حق الأم.

وقوله: (**مَا لَمْ يَسْتَثْنِهِ**) هذا الاستثناء لا يجري في العتق عند أهل المذهب. قال في الموازية: صح.

أبو محمد: وأراه لأشهب إذا أوصى بولد أمته لرجل وبرقبتها لآخر فهو كذلك، فلهذا ما تلد ما دام حياً وعليه نفقتها. فإذا مات فرقبتها للموصى له بالرقبة.

ابن المواز: هذا إذا لم تكن يوم أوصى حاملاً، فإن كانت يومئذ حاملاً فليس له إلا حملها فقط.

وفي العتبية عن ابن وهب فيمن قال: أوصيت لفلان بما ولدت جاريتي هذه أبداً، فإن كانت يوم أوصى حاملاً فهو له، وإن لم تكن يومئذٍ حاملاً فلا شيء له.

وَإِذَا أَوْصَى بِتَرْتِيبٍ اتُّبِعَ

الترتيب إما بصريح اللفظ كقدموا كذا على كذا، وإما بحرف كقوله: ثم.

وأما التقديم في اللفظ فلا عبرة به عندنا خلافاً للحنفية، ففي المدونة: ولا يقدم ما قدم الميت في لفظ أو كتاب، ولا يؤخر ما أخر، وليقدم الأوكد، إلا أن ينص على تبدئة غير الأوكد.

وقيده ابن الماجشون بما له الرجوع عنه، وإما ما لا رجوع له عنه مِنْ عتق بتل وعطية بتل فلا يُبَدَّى، ولا يلزم جواز الرجوع عما ليس للموصي الرجوع عنه.

ورأى الباجي أن تقييده مخالف لأكثر فروعهم أو لكثير منها كما سيأتي.

فَإِنْ كَانَ فِيهَا مَجْهُولٌ كَوَقُودِ مِصْبَاحٍ عَلَى الدَّوَامِ، وَتَفْرِقَةِ خُبْزٍ وَنَحْوَهُ - ضُرِبَ لَهُ بِالثُّلُثِ وَوُقِفَتْ حِصَّتُهُ، وَقَالَ أَشْهَبُ: بِالْمَالِ كُلِّهِ ...

يعني: فإن كان في وصايا الميت مجهول كوقود مصباح على الدوام أو تفرقة خبز؛ أي: على الدوام، وحذفه لدلالة ما قبله؛ فإن المشهور أنه يضرب له مع الوصايا بالثلث؛ لأنه لو سلط على الثلث لأفناه، فكان ذلك بمنزلة ما لو أوصى بالثلث. وقال أشهب: بل يضرب له بجميع المال؛ فإنه بالوجه الذي قدر أن الموصي أوصى له بالثلث يكون الموصي موصياً له بالجميع؛ لأن الموصي به يستغرق الجميع كما يستغرق الثلث.

اللخمي: والأول أَبْيَن، وليس قصد الميت أن يخرج ولده وأهله من جميع المال.

فَإِنِ اجْتَمَعَتْ فِيهِ أَجْنَاسٌ ضُرِبَ لَهَا كَالْوَاحِدِ وَقُسِمَ عَلَى عَدَدِهَا

أي: فإن اجتمعت من المجهولات أجناس كوقود مصباح على الدوام، وتفرقة خبز على الدوام، وسقي راوية ماء كل يوم -فإنه يضرب لها كما يضرب للواحد؛ فيضرب لها بالثلث. وهذا قول ابن الماجشون، قال: وكأنها صنف واحد. وقيل: يضرب لكُلٍّ مجهول بالثلث. ويجري فيها قولاً آخر: أنه يضرب لكُلٍّ بجميع المال.

قوله: (**وَقُسِمَ عَلَى عَدَدِهَا**) نحوه لابن الماجشون في المجموعة. وفي الموازية قول آخر أنه يفاضل بين هذه المجهولات على قدرها كما لو كان للوقيد كل يوم نصف درهم، وللسقي كذلك، وللخبز درهم، فإنهم يتحاصون أرباعاً. وإليه ذهب التونسي.

وَمَنْ أَوْصَى بِمُعَيَّنٍ مِنْ مَالٍ حَاضِرٍ أَوْ غَائِبٍ، أَوْ بِمَا لَيْسَ فِيهَا مُطْلَقاً، وَلا يَخْرُجُ مِمَّا حَضَرَ؛ خُيِّرَ الْوَرَثَةُ بَيْنَ أَنْ يُجِيزُوا الْمُعَيَّنَ وَيُحَصِّلُوا الآخَرَ، وَبَيْنَ أَنْ يُعْطُوا ثُلُثَ الْجَمِيعِ عَلَى اخْتِلافِهِ وَإِنْ كَانَ أَضْعَافَهُ أَوْ دُونَهُ ...

يعني: إذا أوصى بمعين كدين ونحوه، سواء كان ذلك المعين في التركة من المال الحاضر أو الغائب، أو ليس فيها؛ بأن قال: اشتروا له كذا. (**مُطْلَقاً**) أي: سواء حمله ثلث الحاضر أم لا.

وقوله: (**وَلا يَخْرُجُ مِمَّا حَضَرَ**) هو مقيد فيما هو في التركة؛ أي: ولا يخرج المعين من ثلث ما حضر، ولكن يخرج من ثلث الحاضر والغائب. واحترز بذلك مما لو كان يخرج من ثلث الحاضر فإن الوصية تنفذ. وإنما لم تنفذ إذا كان لا يخرج من ثلث الحاضر؛ لأن الورثة يقولون: لا نأمن أن يتلف رأس المال قبل قبضه وتحصيله؛ فيفوز هذا الموصى له بهذا المعين دوننا.

وقوله: (**خُيِّرَ الْوَرَثَةُ بَيْنَ أَنْ يُجِيزُوا الْمُعَيَّنَ**) أي: الذي أوصى به، وهو في التركة، ويحصلوا الآخر؛ أي: الذي ليس فيها، وبين أن يعطوا ثلث جميع التركة من حاضر وغائب، وَعَيْنٍ وغيرها، وإن كان الثلث أضعاف الموصى به.

وهذه المسألة تعرف بمسألة خلع الثلث، وخالفنا فيها أبو حنيفة والشافعي وأحمد وغيرهم، ومال إليه بعض شيوخنا. ووجه مذهبنا أنه يقال للورثة: كما لَمْ تُمَكِّنُوا الميت من بخس حقوقكم فلا تبخسوا أنتم حقه؛ فإما أجزتم فعله وإلا فأعطوه جميع ما له، وهو الثلث. ويشمل قوله: (**الْمُعَيَّنَ**) العين وغيرها، ونص عليه في المدونة. ولا خلاف فيه إذا كانت العين لا تخرج إلا من مال غائب أو دين. قاله الباجي.

وإنما اختلف إذا كانت التركة عروضاً حاضرة، وذكر ابن زرقون وغيره في ذلك أربعة أقوال:

قال أشهب فيمن أوصى بعشرة دنانير معينة أو غير معينة، ولم يخلف عيناً غيرها، وله عروض -**أبو محمد**: يريد حاضرة-: تدفع إليه العشرة، ولا يخير الورثة. [٧٧٣/ أ] ولو لم يخلف من العين إلا خمسة لأخذها، وبيع له بخمسة.

وقال مالك وابن القاسم: يخير الورثة بين الإجازة أو القطع بالثلث.

وقال ابن الماجشون: إن كان في بيع العروض بطء خير الورثة، وإلا لم يخيروا.

وقال أصبغ: إن عين الدنانير خير الورثة وإلا لم يخيروا.

وقوله: (**بِمُعَيَّنٍ**) يشمل الذات والمنفعة.

وقال ابن عبد السلام: المشهور اختصاصه بالمنفعة كما لو أوصى له بخدمة عَبدٍ سِنِينَ، أو بسكنى دار.

والفرق على أصل المذهب أنا لو أعطينا الموصى له محمل الثلث في منافع العبد أو الدار خاصة فنحن بين أمرين؛ ألا نعطيه شيئاً من رقبة الدار والعبد، أو نعطيه ما قابل المنفعة من الرقبة، والأول يلزم عليه ألا يستوعب الموصى له جميع ثلث الميت؛ وذلك أن الدار والعبد يجعل في الثلث، فإذا وسع الثلث -مثلاً- نصف رقبة الدار، وأعطينا الموصى

له نصف المنفعة خاصة- كان قد أخذ أقل من ثلث الميت، وإن أعطيناه نصف رقبة الدار بمنفعتها كنا قد أعطيناه خلاف ما جعل له الموصي؛ لأنه إنما أعطاه المنفعة. انتهى.

وعلى هذا فتكون المنفعة خاصة بها إذا أوصى بدين أو منفعة.

وأما لو أوصى بعبد ونحوه فلا يأتي هذا الحكم. وهذا إشارة إلى ما في المدونة؛ لأن فيها بعد أن فرض المسألة في الدين: وذكر أن الورثة يخيرون إلا في خصلة واحدة، فإن مالكاً اختلف فيها قوله؛ فقال مرة: إذا أوصى له بعبد بعينه أو بدابة بعينها وضاق الثلث - فإن لم يجيزوا قطعوا له بالثلث من كل شيء. وقال مرة: بمبلغ ثلث التركة في ذلك الشيء بعينه، وهذا أحب إليَّ.

وَلَوْ أَوْصَى بِعِتْقِ عَبْدٍ لا يَخْرُجُ مِنْ ثُلُثِ الْحَاضِرِ؛ وُقِفَ الْعَبْدُ كُلُّهُ حَتَّى يَجْتَمِعَ الْمَالُ إِنْ كَانَ فِي أَشْهُرٍ يَسِيرَةٍ، وَإِلا عُجِّلَ عِتْقُ ثُلُثِ مَا حَضَرَ ثُمَّ يُتِمُّ بَعْدَ ذَلِك، وَقَالَ أَشْهَبُ: لا يُوقَفُ، بَلْ يُعَجَّلُ مَا حَضَرَ وَلَوْ ثُلُثَهُ مِنْ نَفْسِهِ ثُمَّ يُتِمُّ ...

أي: إذا أوصى بعتق عبده وله مال حاضر وغائب، ولا يخرج العبد من ثلث الحاضر، ولكن يخرج من ثلث الجميع - فقال مالك في رواية ابن القاسم وأشهب: يوقف العبد حتى يحضر الغائب، وأطلق.

وقال ابن القاسم: إن كان يرجى اجتماع المال لأشهر يسيرة انتظر ليعتق جميع العبد. قال في المدونة: وليس له أن يقول: اعتقوا مني ثلث الحاضر الساعة.

وإن كان لا يجتمع إلا لأشهر كثيرة، أو لسنة -هكذا حده ابن المواز- فإنه يعتق منه ثلث الحاضر، ثم مهما حضر من المال الغائب شيء عتق من العبد مقدار ثلثه.

وَحَدَّ اللخمي الغيبة التي لا ينتظر فيها الغائب من خراسان أو من مصر إلى الأندلس.

ابن عبد السلام: والأكثرون على أن قول أشهب مخالف للقول الأول، وإن كان أبو عمران ترجح في كونه تفسيراً لقول مالك، وهو بعيد، ولعل مراده أن القولين يتفقان ويكون

قول ابن القاسم تفسيراً لقول مالك وأشهب، وأن معنى قول مالك الانتظار في قريب الغيبة، ومعنى قول أشهب التعجيل في البعيد الغيبة.

والذين ذهبوا إلى أن قول أشهب مخالف اختلفوا في أي القولين أرجح:

فقال يحيى: قول أشهب هو القياس؛ لأن وقف عتق العبد مضرة عليه من غير منفعة للورثة.

وقال سحنون وغيره: لو كان ما قال أشهب صحيحاً لأخذ الميت أكثر من الثلث؛ لأنه أعتق ثلث الحاضر، وباقي العبد موقوف لا تصرف فيه للورثة.

وَلَوْ أَوْصَى بِعِتْقِ عَبْدِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ بِشَهْرٍ وَلَمْ يَحْمِلْهُ الثُّلُثُ؛ خُيِّرَ الْوَرَثَةُ بَيْنَ أَنْ يُجِيزُوا أَوْ يَعْتِقُوا مَحْمَلَ الثُّلُثِ بَتْلاً، فَإِنْ أَجَازُوا خَدَمَهُمْ شَهْراً ...

تصوره ظاهر، وهو جار على ما تقدم من خلع الثلث.

وَلَوْ أَوْصَى أَنْ يُشْتَرَى عَبْدَ فُلانٍ لِلْعِتْقِ زِيدَ ثُلُثَ ثَمَنِهِ، فَإِنْ أَبَى اسْتُؤْنِيَ بِالثَّمَنِ، فَإِنْ بِيعَ وَإِلا رَجَعَ ثَمَنُهُ مِيرَاثاً ...

ما ذكره من زيادة ثلث ثمن العبد هو المشهور. وقال ابن وهب: يزاد إلى ثلث الميت.

وقال أصبغ: لو قال: اشتروه بالغاً ما بلغ، فإني استحسن أن يزاد في هذا إلى مبلغ ثلث الميت.

ابن عبد السلام: والأقرب عندي ألايزاد في ثمن العبد إلا ما جرت العادة بالتغابن فيه.

وَوَجَّهَ بعض شيوخ عبد الحق المشهور بأن الناس لما كانوا يتغابنون في البيوع، والميت لم يَحُدَّ ما يُقتَصَرُ عليه- وجب أن يقتصر على ثلث ذلك؛ لأن الثلث حد بين القليل والكثير.

واختلف هل لا يعلم ربه بالوصية وهو قول ابن القاسم، أو يعلم بذلك وهو قول أشهب؟ وكذلك اختلف في الإعلام إذا قال: "بيعوا عبدي فلاناً من فلان" بخلاف ما إذا لم يعين العبد ولا بائعه ولا مشتريه فإنه لا يعلم بالوصية.

وقوله: (**فَإِنْ أَبَى**) أي: سيد العبد من بيعه.

وقوله: (**اسْتُؤْنِيَ**) أي: بثمن العبد وبالزيادة عليه، وهذا هو المشهور. وقال أشهب: لا يستأنى إذا أبى ربه البيع.

وعلى المشهور فقال في الوصايا الأول مثل ما قال المصنف: إنه يستأني بثمنه. قالوا: معناه: وثلث ثمنه، ويبدى على الوصايا، فإن لم يبعه ربه رجع ميراثاً.

وقال في الوصايا الثاني: بعد الاستيناء والإياس من العبد.

وروى ابن وهب عن مالك أن الثمن يوقف ما رجي بيع العبد، إلا أن يفوت بعتق أو موت.

سحنون: وعليه أكثر الرواة. وجعل ابن يونس ما في الوصايا الثاني موافقاً لما في الوصايا الأول موافقاً [٧٧٣/ ب] لابن وهب. وجعل اللخمي قول ابن وهب خلافاً.

عياض: وفي حاشية ابن عتاب: **سحنون**: بعد الإياس من العبد ليس من لفظ ابن القاسم. فعلى هذا ليس بخلاف من قوله وإنما أتى به سحنون من كلام غيره. وذهب ابن كنانة إلى أنه إذا امتنع سيده من البيع أن يجعل ثمنه وثلث ثمنه في رقاب.

فَإِنْ أَوْصَى أَنْ يُشْتَرَى لِفُلانٍ زِيدَ كَذَلِكَ، فَإِنْ أَبَى الزِّيَادَةَ دُفِعَ الْمَبْذُولُ كُلُّهُ لِلْمُوصَى لَهُ، فَإِنْ أَبَى بَطَلَتْ. وَقَالَ أَشْهَبُ: يُوقَفُ فِيهِمَا، فَإِنْ أَيِسَ رَجَعَ الْمَالُ مِيرَاثاً ...

كلامه ظاهر التصور، وخلاف أصبغ السابق منصوص هنا. فإن أبى مالك العبد من بيعه فإبايته إما أن تكون طلباً للزيادة في الثمن أو اغتباطاً بعبده؛ والأول يدفع الثمن

مع الزيادة للموصى له؛ لأن قصد الموصي منفعته بالعبد مباشرة، وجعل الثمن وسيلة إلى ذلك، فإن تعذر نفعه بالعبد أعطي الثمن الذي هو وسيلة إليه.

فإن قيل: يلزم مثله إذا امتنع سيد العبد به ضناً- أي: بخلاً، وهو بالضاد- **قيل**: الوصية في الأول بعرضية الثبوت؛ لأن سيد العبد لم يمتنع من بيعه، وإنما طلب زيادة في الثمن، منع من دفعها له حق الورثة، بخلاف القسم الثاني فإن الوصية باطلة لبخل سيد العبد به، ولعل هذا هو الذي لاحظه أشهب في قوله: (**يُوقَفُ فِيهِمَا**) أي: في الوجه الأول، وهو طلب السيد للزيادة وفي الثاني، وهو بخله، حتى يتحقق بطلان الوصية بالإياس من بيع العبد فحينئذ يرجع ثمنه ميراثاً.

وتردد بعض الشيوخ هل تدخل الوصايا في الثمن هنا إذا لم يتم البيع أو لا؟

وَلَوْ أَوْصَى أَنْ يُبَاعَ لِعِتْقٍ نَقَصَ ثُلُثُ ثَمَنِهِ، فَإِنْ أَبَى خُيِّرَ الْوَرَثَةُ بَيْنَ بَيْعِهِ بِأَقَلَّ أَوْ عِتْقِ ثُلُثِهِ مِنْهُ ...

اتفق هنا على مقدار النقص، وهو أنه ينقص ثلث ثمنه، وبه يترجح قول ابن القاسم على قول ابن وهب وأصبغ فيما تقدم.

وقوله: (**فَإِنْ أَبَى**) أي: فإن لم يوجد من يشتريه للعتق إلا بأكثر من نقص الثلث- خير الورثة بين بيعه بما طلب المشتري وبين عتق ثلثه؛ لأن ثلث العبد هو الذي أوصى به الميت في العتق.

ابن القاسم في المدونة والموازية: وهو مما لم يختلف فيه قول مالك.

محمد إثر ذلك: بل اختلف قوله بما هو أصوب، وبه اخذ أكثر رواة أصحابه؛ فروى عنه أشهب في المبيع للعتق أو ممن أحب: أنه إن حمله الثلث فإنهم إن لم يجدوا من يأخذه بوضيعة ثلث الثمن واستؤني به فلم يوجد-فلا شيء عليهم فيه، وإن لم يحمله الثلث

خيروا بين بيعه بوضيعة ثلث ثمنه وإلا اعتقوا منه مبلغ ثلث الميت كله؛ لأنه يصير عتقاً مبدى على وصية فلان. هذا في المبيع للعتق.

وأما ممن أحب فإن بذلوه بوضيعة ثلث الثمن ولم يجدوا من يبتاعه واستؤني به-فلا شيء عليهم فيه. كذلك عن أشهب في المجموعة. ووجهه ظاهر؛ لأنه إذا حمله الثلث لم يلزمهم إلا عرضه على من يشتريه، فإن لم يوجد بعد الاستيناء فقد بطلت الوصية من غير سببهم؛ فلا شيء عليهم. وكذلك إن لم يحمله الثلث فإنهم إن لم يجيزوا الوصية أعتقوا منه محمل ثلث الميت على أصل المذهب في خلع الثلث. وإن بذلوه لمن يشتريه فقد أجازوا الوصية؛ فيكون كما لو وسعه الثلث.

وَإِنْ أَوْصَى بِبَيْعِهِ مِمَّنْ أَحَبَّ نَقَصَ كَذَلِكَ

أي: ثلث ثمنه.

ابن عبد السلام: هذا أيضاً متفق عليه.انتهى.

وفيه نظر؛ لأن في الواضحة عن أصبغ أنه قال: خالف ابن وهب مالكاً رحمه الله في القائل: "بيعوا عبدي ممن أحب، واشتروا عبد فلان فَأَعْتِقُوهُ" فقال: يزاد في المشترى، وينقص في المبيع ما بينه وبين ثلث الميت، لا ثلث الثمن.

والظاهر أنه يتخرج في الموصى ببيعه لعتق، وقد تقدم أن ابن عبد السلام حكى فيها الاتفاق.

فَإِنْ أَبَى رَجَعَ مِيرَاثاً، وَقِيلَ: كَالَّتِي قَبْلَهَا

يعني: فإن لم يوجد من يشتريه بنقص ثلث ثمنه، فروى غير واحد عن مالك: أنه يرجع ثمنه ميراثاً؛ لأنه لما أبى رَدَّ الوصية؛ إذ الميت إنما أوصى له بالحطيطة بشرط شرائه.

وقوله: (**وَقِيلَ: كَالَّتِي قَبْلَهَا**) أي: فيخير الورثة بين بيعه بأقل أو يعتقون ثلث العبد. وهو قول ابن القاسم في المدونة، وروي أيضاً عن مالك. ونقل ابن وهب عن مالك أن العمل عندهم على الأول.

فرعان:

الأول: قال ابن أبي زمنين: ولو باعوه ممن أحب ولم يعلموا المشتري بالوصية ثم علم فقام عليهم-فلا شيء له. ورواه أشهب عن مالك.

الثاني: إنما يتأتى القولان السابقان إذا لم يوجد من يشتريه بالكلية، وأما لو أحب العبد شخصاً وأبى فله أن ينتقل إلى ثان وإلى ثالث ما لم يطل ذلك حتى يضر بالورثة. قاله أشهب.

فَإِنْ أَوْصَى أَنْ يُبَاعَ مِنْ فُلانٍ نَقَصَ كَذَلِكَ

أي: ثلث ثمنه، ويلزمهم ذلك. واختلف أولاً هل عليهم أن يخبروا فلاناً بما أوصى به الميت وهو قول أشهب، أو لا وهو قول ابن القاسم؟ وعلى الأول فإن لم يعلم رجع بما زاد على ثلثي قيمته.

فَإِنْ أَبَى خُيِّرَ الْوَرَثَةُ بَيْنَ بَيْعِهِ بِمَا أَعْطَى أَوِ الْقَطْعِ لَهُ بِثُلُثِ الْعَبْدِ، وَقِيلَ: كَالَّتِي قَبْلَهَا ...

أي: فإن أبى فلان من شرائه فقولان:

الأول: مذهب المدونة.

والثاني لأشهب في الموازية: أنه يرجع ميراثاً. وهو معنى قوله: (**وَقِيلَ: كَالَّتِي قَبْلَهَا**) واستحسنه اللخمي؛ لأن الموصى له لم يقبل الوصية، وهذا كله مقيد بما إذا حمله الثلث، فإن لم يحمله خيروا بين بيعه منه بوضيعة الثلث أو خلع ثلث الميت.

وَمَنْ أَوْصَى بِعِتْقِ عَبْدٍ يُشْتَرَى لِتَطَوُّعٍ أَوْ ظِهَارٍ، وَلَمْ يُسَمِّ ثَمَناً أُخْرِجَ بِالاجْتِهَادِ عَلَى قَدْرِ الْمَالِ ...

هو المشهور، وهو مذهب المدونة، قال فيها: وليس من ترك مائة ديناراً كمن ترك ألفاً.[٧٧٤/ أ]

ابن القاسم في الموازية: وبذلك يحاص في الوصايا.

وقال أشهب في الموازية: لا ينظر إلى قلة المال وكثرته، ولكن يشترى وسطٌ من الرقاب. ولا يُنْظَرُ لقدر المال، وبه يحاصُّ، والقياس أن يحاصَّ بأدنى الرقاب مما يجزئ في الظهار والقتل، والأول أحب إلي. كما قيل فيمن تزوج على خادم، فلأشهب رحمه الله تعالى قياس واستحسان. واختيار اللخمي قريب منه؛ لأنه قال: الوسط حسن مع عدم الوصايا، فأما إذا كانت وصايا وضاق الثلث فإنه يرجع إلى أدنى الرقاب؛ لأن المعلوم من الميت أن يقصد إنفاذ وصاياه جملة، فإذا علم أن المال لا يتسع إلى الأعلى ولا إلى الأوسط رجع إلى الأدنى، ما خلا الرضيع والمعيب؛ لأنهما لا يقصدهما الميت.

فَإِنْ سَمَّى يَسِيراً أَوْ كَانَ الثُّلُثُ يَسِيراً شُورِكَ بِهِ فِي عَبْدٍ، فَإِنْ لَمْ يَبْلُغْ أُعْتِقَ بِهِ مُكَاتَبٌ فِي آخِرِ نُجُومِهِ ...

أي: إن سمى ثمناً يسيراً أو كان الثلث يسيراً لا يبلغ ثمن رقبة -شورك به في عبد، وإن لم يبلغ أعين به مكاتب في آخر نجومه. وهكذا في المدونة، وهو خاص برقبة التطوع. كذلك ذكر ابن يونس وغيره، وهو ظاهر. ولعل المصنف رحمه الله اعتمد على ما قدمه في الظهار من منع الشركة.

اللخمي: ويطعم به في الظهار، فإن فضل منه على الإطعام فضلة فالفاضل لهم.

وَلَوِ اشْتَرَى فَأَعْتَقَ فَلَحِقَ دَيْنٌ يَغْتَرِقُ الْمَالَ رَجَعَ الْعَبْدُ رِقّاً، فَإِنْ لَمْ يَغْتَرِقْ فَبِحِسَابِهِ، وَلا يَضْمَنُ الْوَصِيُّ مَا لَمْ يَعْلَمْ ...

يعني: ولو اشترى الموصَى رقبة فأعتقها عن الميت ثم لحق الميت دين يستغرق المال ففي المدونة: يرجع العبد رقاً كما ذكر المصنف، وإن لم يغترقه أعطي صاحب الدين دينه، ثم عتق من العبد بقدر ما بقي من ثلث الميت. وهذا معنى قوله: (**فَإِنْ لَمْ يَغْتَرِقْ فَبِحِسَابِهِ**). ولا يضمن الموصى إذا لم يعلم بالدين؛ لأنه قد اجتهد، ولم يكن عليه سوى ما صنع.

وفي الموازية: يمضي العتق ويغرم الموصى. وهو مقتضى قول غير ابن القاسم في الوصايا الثاني من المدونة؛ لأن فيه في الموصِي أن يُحَجَّ عنه بعوض: لا يجزئ أن يحج عنه عبد أو صبي أو من فيه علقة رق؛ إذ لا حج عليهم؛ فيضمن الدافع، إلا أن يظن أن العبد حر- وقد اجتهد ولم يعلم- فإنه لا يضمن، وقال غيره: لا يزول عنه الضمان بجهله.

ابن عبد السلام: وهذا الذي قاله غيره هو الجاري على ما في كتاب الحج الثاني، وفي كتاب النذور، ولولا الإطالة لجلبناه.

وقال في الواضحة في مسألة المصنف: إذا علم الموصى وكان له مال ضمن، وإن لم يعلم أو علم إلا أنه عديم فلا ضمان، إلا أنه يَرُدُّ العتق حتى يقضي الدين.

فرع:

ولو اشترى الوصي يهودياً أو نصرانياً كان ضامناً، وإن اشترى معيباً لا يجزئ في الواجب، والعتق واجب؛ فإن علم الموصى أنه للكفارة ضمن عمداً كان أو خطأً، وإلا فلا.

وَلَوْ مَاتَ الْعَبْدُ بَعْدَ الشِّرَاءِ وَقَبْلَ الْعِتْقِ اشْتُرِيَ آخَرُ إِلَى مَبْلَغِ الثُّلُثِ، وَلِذَلِكَ لَوْ قُتِلَ وَجَبَتْ قِيمَتُهُ ...

يعني: أن المشترى لا يكون حراً بنفس الشراء؛ فلذلك إذا مات بعد الشراء لزمهم شراءٌ آخر إلى مبلغ الثلث وهذا مذهب المدونة، والمشهور، وبه قال أصبغ. ولابن القاسم

في الموازية: يشترونه من ثلث ما بقي أبداً، كأنه لم يكن مال إلا ما بقي. وقال ابن حبيب: القياس ألا يرجع في بقية الثلث بشيء، واستحسن أن يشترى من بقية الثلث.

وقال ابن المواز: إن عزل ثلثه للوصية، وقسم الورثة الثلثين كان عليهم بقية الثلث.

اللخمي: ولا وجه لهذا؛ لأن الميت لم يوص بجزء فيكون عليهم أن يقسموه، وإنما أوصى بشراء رقبة لا غير ذلك، وقول ابن حبيب في هذا أحسن.

وقوله: (**وَلِذَلِكَ**) أي: ولأجل أن العبد لا يكون حراً بنفس الشراء، بل حتى يعتقه الورثة -لم تجب على قاتله الدية؛ لأن أحكامه أحكام العبيد حتى يعتق.

ووقع في بعض النسخ (وكذلك) والأولى أحسن.

محمد: ولو أخرج ثمن العبد فسقط فعليهم أن يشتروا عبداً من ثلث ما بقي ما لم يتلف بعد القسم، وإنما يشترى إن بقي من الثلث الأول شيء. وهذا الكلام قريب مما في المدونة، مخالف لما تقدم عنه.

ولو جنى العبد قبل عتقه خير الورثة؛ فإمَّا أسلموه واشتروا غيره من ثلث ما بقي، أو فدوه فأعتقوه هو أو غيره. فإن أسلموه فكأنه لم يكن، أو مات فيعتقون غيره من ثلث ما بقي. وإن فدوه فمن ثلث ما بقي لا أكثر منه كأنهم ابتدءوا شراءه، وذلك إن لم يكن قسم الثلث.

وقال أصبغ: يرجع في هذا إلى باقي الثلث الأول.

محمد: يريد: إذا كان قد قسم به، وقسم للورثة بالثلثين فينفذ لهم- لا يرجع عليهم بشيء في موت الرقبة ولا إسلامها؛ لأنه صار ضمان كل قسم من أهله. **محمد**: وذلك بعد اقتسام المال والفراغ منه.

وَإِذَا أَوْصَى بِشَاةٍ مِنْ مَالِهِ أَوْ بِبَعِيرٍ أَوْ بِعَبْدٍ كَانَ شَرِيكاً بِجُزْئِهَا، صَغِيرِهَا وَكَبِيرِهَا، ضَأْنِهَا وَمَعَزِهَا، ذَكَرِهَا وَأُنْثَاهَا ...

أي: إذا أوصى له بشاة من ماله أو ببعير أو بعبد أو نحو ذلك، وفي ماله غنم أو إبل أو عبيد. ويدل على أن مراد المصنف أن في ماله ذلك قوله: (**كَانَ شَرِيكاً بِجُزْئِهَا**) وَلِذِكْرِهِ مُقَابِلَهُ بعد ذلك: (**فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ غَنَمٌ**).

ومعنى (**بِجُزْئِهَا**) أنه يكون شريكاً بنسبة الشاة من سائر الغنم، فإن توفي عن خمس كان له الخمس، وعن عشر كان له العشر، وعن مائة فله عشر العشر.

خليل: وفي هذه المسألة نظر؛ لأنه يبقى تحجيرعلى الورثة، لاسيما إذا كانت الشياة كثيرة، والأقرب أنه لا يكون شريكاً بل تكون له شاة.

وَلَوْ لَمْ يَبْقَ إِلا شَاةٌ أَوْ عَبْدٌ يَعْدِلُ الْجَمِيعَ؛ فَهُوَ لَهُ إِنْ حَمَلَهُ الثُّلُثُ، أَوْ مَا حَمَلَ مِنْهُ ...

يعني: ولو لم يبق في المسألة المتقدمة إلا العدد الذي سماه الموصي فإنه للموصى له، ولو كان الباقي يعدل جميع المال، بشرط أن يحمل الثلث ما بقي.

وخالف ابن الماجشون في هذا ولم يوجب له إلا الجزء الموصى به من الباقي.

والحاصل أن ابن القاسم اعتبر الشركة بالجزء مع الالتفات إلى العدد على الوجه الذي ذكره المصنف، وابن الماجشون اعتبر الجزئية وألغى العدد.

بِخِلافِ: "ثُلُثِ غَنَمِي" فَتَمُوتُ أَوْ تُسْتَحَقُّ كُلُّهَا أَوْ بَعْضُهَا

أي: فلا يكون للموصى له إلا ثلث ما بقي، وهذه المخالفة إنما هي على قول ابن القاسم، وأما على قول ابن الماجشون فلا.

فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهُ غَنَمٌ فَلَهُ شَاةٌ وَسَطٌ

يعني: فإن لم تكن له غنم في المسألة المفروضة، وهي ما إذا أوصى له بشاة من ماله ففي الموازية ما ذكره المصنف، لكن إنما قال في الموازية: له قيمة شاة وسط، وظاهر كلام المصنف أنه تشترى له شاة وسط.

فَلَوْ قَالَ: شَاةٌ مِنْ غَنَمِي فَكَذَلِكَ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ غَنَمٌ فَلا شَيْءَ لَهُ

يعني: فإن أوصى له بشاة من غنمه فكذلك، ولا يريد المصنف رحمه الله تعالى بالتشبيه أخذ شاة وسط، بل هو راجع إلى أصل المسألة؛ أي: فيكون شريكاً بجزئها، وإن لم تكن له غنم فلا شيء له.

كَمَا لَوْ أَوْصَى بِعِتْقِ عَبْدٍ مِنْ عَبِيدِهِ فَمَاتُوا أَوِ اسْتَحَقُّوا بَطَلَتْ كَالْعِتْقِ

شَبَّهَ الوصية بشاة من غنمه فتموت في أنه لا شيء عليه وتبطل الوصية، بما إذا أوصى بعتق عبد من عبيده فماتوا أو استحقوا أن الوصية تبطل. ويفهم من هذا التشبيه أنه لو استحقت الغنم فيما إذا أوصى له بشاة أن الوصية تبطل أيضاً.

وقوله: (**كَالْعِتْقِ**) أي: كالعتق المعين إذا قال: "إذا مت فأعتقوا عبدي فلاناً" ثم مات فلان أو استحق، ويحتمل أن يريد بقوله: (**كَالْعِتْقِ**) إذا أوصى بعتق عبد من عبيده، وليس له عبيد.

وَلَوْ أَوْصَى بِعَدَدٍ سَمَّاهُ فَشَرِيكٌ بِالْعَدَدِ الْمُسَمَّى كَشَرِكَةِ الْوَاحِدِ عَلَى الْمَشْهُورِ لا كَشَرِكَةِ الثُّلُثِ ...

أي: إذا أوصى بعشرة – مثلاً من عبيده، وعبيده خمسون– فإنه يكون شريكاً بالعدد المسمى، كشركة الواحد؛ بمعنى أنه يكون شريكاً بالجزء، وإن لم يبق إلا العدد المسمى

فهو له. وهذا هو المشهور. وقال عبد الملك: يكون كشركة الثلث؛ أي: لا يكون له إلا نسبة العدد الموصى به لغنمه، كما لو أوصى له بالثلث.

ولكن قَصْرُ المصنف الخلاف على العدد يوهم نفيه عن الواحد، وقد تقدم أن عبد الملك خالف في الواحد.

وَإِذَا ضَاقَ الثُّلُثُ قُدِّمَ الْمُدَبَّرُ فِي الصِّحَةِ

هذه المسألة متسعة وقد أفرد لها عبد الحق تأليفاً. ومعنى كلام المصنف أنه إذا ضاق الثلث عما يجب إخراجه منه -سواء كان وصية أو غيرها- فلا يَرِدُ إذن قول من قال: إن المدبر في الصحة ليس من جنس الوصايا فلا يذكر معها، ولا قول من قال: لم يذكر مؤنة الدفن وشبهها؛ لأن ذلك من رأس المال.

ولم يتعرض المصنف لصداق المنكوحة في المرض.

والمشهور تقديم المدبر عليه؛ نظراً إلى كونه من تصرف الصحة. وقاله ابن القاسم. ولابن القاسم قولان آخران أحدهما تقديم الصداق؛ نظراً إلى كونه معاوضة، ونظراً إلى أن بعضهم يجيزه ويقول: إن الصداق من رأس المال. ويقول: إنهما يتحاصان.

ثم المدبرون في الصحة إن تعاقبوا قُدِّمَ الأول، وإلا فالمشهور أنه يعتق منهم بالحصص، وقيل: يقرع بينهم.

ثُمَّ الزَّكَاةُ الْمُوصَى بِهَا، إِلا أَنْ يَعْتَرِفَ بِحُلُولِهَا حِينَئِذٍ وَأَنَّهُ لَمْ يُخْرِجْهَا؛ فَمِنْ رَأْسِ مَالِهِ ...

يعني: ويخرج بعد تقديم الزكاة الموصى بها، والزكاة تعم زكاة العين والحرث والماشية وزكاة الفطر، وهو مذهب ابن الماجشون، والمشهور خلافه؛ وهو أن زكاة المال مقدمة على زكاة الفطر.

وَقَدَّمَ المدبر والمنكوحة على الزكاة؛ لأنهما معلومان والزكاة لا يدرى أَصَدَقَ في بقائها أم لا؟ ولأنهما لمعين بخلافها. وقدمت زكاة الأموال على زكاة الفطر على المشهور؛ لأن زكاة الفطر قد قيل بسنيتها.

وقوله: (**الْمُوصَى بِهَا**) يعني: وإن لم يوصِ فلا تخرج ولو قال في مرضه: سأخرجها.

قوله: (**إِلا أَنْ يَعْتَرِفَ**) استثناء من قوله: (**ثُمَّ الزَّكَاةُ**) أي: إلا أن يعترف بحلول الزكاة وأنه لم يخرجها؛ يريد: ويوصي بها فتكون من رأس ماله. هكذا قال ابن القاسم. ورأى أشهب: أنها حينئذٍ من رأس المال وإن لم يوصِ بها.

ابن عبد السلام: وهو أقرب إلى كلام المصنف. انتهى.

وقد يقال: الأقرب إلى كلامه قول ابن القاسم؛ لأنه استثناء من الزكاة الموصى بها.

ابن عبد السلام: وظاهر كلامه أيضاً أنه يكفي في هذا اعتراف الموصي، سواء عرف ذلك من غيره أو لا. وفي موافقته للرواية نظر؛ أي: لأن في المدونة: فما عرف من هذه فأخرجها في مرضه أو أمر بإخراجها ثم مات فإنها من رأس ماله.

وهذا الذي ذكرنا فيه قول ابن القاسم وأشهب إنما هو في زكاة العين، وأما زكاة الحرث والماشية فإنها تخرج من رأس المال إذا لم يفرط فيها، إلا أن تيبس الثمرة وتطيب أو يجذها ويخلفها في الجرين ببلد لا ساعي فيها، والظاهر على قول ابن القاسم أنه لا يلزم الورثة إخراجها؛ لأنه لو أخرجها لأجزأته، فكان ذلك كزكاة العين المفرط فيها.

وأما إن لم تيبس فيجب على الورثة إخراجها؛ لأنه لو أخرج الزكاة قبل الجذاذ لم يجزأه. ذكره عبد الحق عن ابن مسلمة في المبسوط، قال: وما رأيت خلافه.

ثُمَّ الْمُبَتَّلُ فِي الْمَرَضِ وَالْمُدَبَّرُ فِيْهِ

ظاهر كلامه أن هذه المرتبة بعد ما تقدم، وفيه نظر؛ بل الذي بعدها زكاة الفطر على ما ذكره عبد الحق وصاحب المقدمات.

ثم العتق في الظهار وقتل النفس؛ لأن الزكاة لا عوض عنها، بخلاف عتق الظهار والنفس فَإِنَّ عنه عوضاً [٧٧٥/ أ]عند العدم. فإن لم يحمل الثلث إلا رقبة واحدة عبد الحق: فرأيت لأبي العباس الإبياني أنه يقرع بينهما. وهو معنى المدونة.

وذهب **بعض القرويين** إلى أنه يحاصص، فما وقع للظهار أطعم به، وما وقع للقتل شورك به في رقبة. **وقيل**: يخير الورثة، فإن اختلفوا رجع إلى القرعة. **وقيل**: يبدأ بكفارة النفس. وذلك إذا لم يكن في الثلث إلا رقبة واحدة. فإن كان فيه رقبة وإطعام ستين مسكيناً أعتقت الرقبة في القتل وأطعم عن الظهار اتفاقاً. **وقيل**: إذا لم يكن فيه إلا رقبة واحدة، وما لم يبلغ الإطعام فإنه يبدأ بالظهار ويشرك فيما بقي في كفارة قتل النفس، ثم بعدهما كفارة اليمين؛ لأنها مخير فيها، بخلاف كفارة الظهار والقتل.

ثم كفارة الفطر في رمضان متعمداً؛ لأن كفارة اليمين واجبة بكتاب الله عز وجل. ثم كفارة التفريط في قضاء رمضان. قال في المقدمات: وهذا دليل ما في كتاب الصيام من المدونة. وقيل: إن الإطعام لقضاء رمضان يُبَدَّى على كفارة اليمين عند ابن القاسم. والأول أظهر.

ثم النذر؛ لأن إطعام رمضان واجب بنص السنة، والنذر أدخله على نفسه.

(ثُمَّ الْمُبَتَّلُ فِي الْمَرَضِ وَالْمُدَبَّرُ فِيْهِ) وفي بعض النسخ: (ثم المدبر فيه معاً) وليست بظاهرة؛ لأن (ثم) منافية للمعية، والنسخة الأولى أصح، وتسويتهما هو ظاهر المذهب. وقيل: يُبدَأُ بالمبتل؛ لأنه لو صح خرج من رأس المال. وقيل: يُبدَأُ بالمدبر. وهذا الخلاف مقيد بما إذا كان في فور واحد.

ابن القاسم: ولو بدأ بأحدهما ثم ذكر الآخر بدئ بالأول؛ لأنه يثبت له ما لا يرجع فيه.

أشهب: والكلام المتصل لا صمات فيه كاللفظ الواحد.

وقال ابن القاسم: ما كان في كلمة واحدة وفور واحد فهما معاً، وما كان في فور بعد فور فالأول مُبَدَّى.

عبد الملك: وإن بتل المريض عتق عبده، وأعتق من آخر نصفه فالمعتق جميعه يُبَدَّى، ويبدى استتمام ذلك النصف على الموصى بعتقه الذي له أن يرجع فيه، وهذا شيء يلزمه.

ثُمَّ الْمُوصَى بِعِتْقِهِ مُعَيَّناً عِنْدَهُ أَوْ يُشْتَرَى

ألحق بهذين عبد الحق وصاحب المقدمات الموصى بعتقه إلى أجل قريب، كالشهر ونحوه، أو على مال فعجله على مذهب ابن القاسم.

وزاد ابن رشد: والموصى بكتابته إذا عجل الكتابة.

وقال أشهب: الموصى بعتقه أو بشرائه للعتق يُبَدَّى على العتق إلى أجل قريب، وعلى الموصى بعتقه على مال وإن عجل المال، وعلى الموصى بكتابته وإن عجل الكتابة.

وقيل: الموصى بعتقه معيناً يُبَدَّى على الموصى بشرائه للعتق.

وحكى عبد الوهاب في المعونة أن الوصية بالعتق المعين تُبَدَّى على الزكاة.

قال في المقدمات: وهو بعيد في القياس، ووجهه إتباع ظاهر الحديث؛ **لأنه عليه الصلاة والسلام أمر بتبدية العتق على الوصايا**، فعم صلى الله عليه وسلم ولم يخص.

ثُمَّ الْمُكَاتَبُ بِعَيْنِهِ

يعني: أن الموصى بكتابته يلي من تقدم ذكره، وهذا مذهب المدونة، وقدم عبد الملك عليه المعتق إلى أجل، وإن بعد الأجل.

محمد: لأنه لا يخاف عليه العجز.

وقال في الموازية: يتحاصان إذا كان الأجل سنة ونحوها.

وقدم عبد الحق المعتق إلى سنة عليه وجعله يتحاص مع المعتق إلى أجل بعيد كالعشر سنين، ومع المعتق على مال فلم يعجله.

وقال في المقدمات: ويقدم الموصى بعتقه إلى سنة على الموصى بعتقه إلى سنتين.

وقيل: إن الموصى بعتقه إلى سنتين يُبَدَّى على الموصى بعتقه إلى سنة.

ثُمَّ الْمُوصَى بِعِتْقِهِ غَيْرَ مُعَيَّنٍ، وَالْحَجُّ مَعاً، وَقِيلَ: ثُمَّ الْحَجُّ

وقوله: (**وَالْحَجُّ**) أي: للصرورة، وأما غير الصرورة فيبدأ بالعتق باتفاق، إلا على ما نقله عياض عن أصبغ من التساوي. والقول الأول مذهب المدونة، والقول الثاني أظهر؛ لتشوف الشرع إلى العتق، وكراهة الوصية بالحج عندنا.

عبد الحق: وعليه فإذا كان هناك وصايا تَحَاصَّ الثلاثة، فما ناب الحج كانت القربة به. وزاد ابن رشد قولين آخرين؛ أحدهما: أن الحج يُبَدَّى، ثم يتحاص المال والعتق. وقيل: يُبَدَّى العتق، ويتحاص المال والحج.

ابن عبد السلام: وانفرد ابن وهب فقدم وصية الصرورة على الرقبة المعينة. انتهى.

وحكى ابن زرب أن الشيوخ أجمعوا على أن الوصية بالحج تُبَدَّى على كل شيء؛ المدبر وغيره. حكاه في المقدمات.

وَأَخَّرَ عَبْدُ الْمَلِكِ الزَّكَاةَ الْمُوصَى بِهَا عَنِ الْمُدَبَّرِ فِي الْمَرَضِ

وجهه أن للموصى بالزكاة أن يرجع، بخلاف المبتل والمدبر في المرض.

وفي المجموعة: أن الزكاة تُبَدَّى على المدبر في الصحة. وقيل: إنها بعد العتق المعين وقبل الوصايا. وقيل: إنها مع الوصايا.

وَيُقَدَّمُ الْوَاجِبُ عَلَى التَّطَوُّعِ

لما رأى أن ما ذكره المصنف من الفروع لا يعم جميع ما ذكره الشيوخ أراد أن يذكر ما يجري مجرى الكليات.

ابن عبد السلام: وهذا ظاهر إن كان الواجب والتطوع من جنس واحد، كالعتق في رقبتين إحداهما واجبة، والأخرى تطوع. وإن كانا من جنسين فهو خلاف النقل في كثير من المسائل، وقد قدم الأكثرون المدبر في الصحة على الزكاة، وقدم عبد الملك عليها المدبر في المرض. انتهى.

وأجيب بأنا لا نسلم أن المدبر تطوع؛ لأنه وجب بالتدبير.

وَالْعِتْقُ الْمُعَيَّنُ عَلَى الْمُطْلَقِ

هذا مستفاد من قوله: (ثم الموصى بعتقه معيناً عنده، أو يشترى، ثم المكاتب بعينه، ثم الموصى بعتقه غير معين). ولعله ذكره ليرتب عليه [٧٧٥/ ب] ما بعده، وهو قوله:

وَفِي الْعِتْقِ الْمُطْلَقِ مَعَ مُعَيَّنٍ غَيْرِ عِتْقٍ قَوْلانِ، قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يَتَحَاصَّانِ

يعني: إذا أوصى بعتق غير معين، وبمال لرجل معين فقال ابن القاسم: يتحاصان.

ابن يونس: ولم يختلف قوله في ذلك. وقال غيره: يقدم العتق لتشوف الشرع إليه.

وَفِي مُعَيَّنٍ غَيْرِهِ مَعَ جُزْءٍ شَائِعٍ ثَالِثُهَا قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يَتَحَاصَّانِ

المراد بـ(المعين): العدد المسمى كعشرة دنانير ونحوها.

(**مَعَ جُزْءٍ**) أي: كثلث أو ربع. والثلاثة الأقوال روايات حكاها عبد الوهاب وغيره. وقول ابن القاسم هو مذهب المدونة، هكذا مشَّى هذا المحمل ابن راشد وابن عبد السلام وغيرهما، ويحتمل من حيث اللفظ "مع جزء عتق" ويكون الكلام السابق في العتق الكامل، لكن يحتاج إلى نقل يعضده.

قال في المقدمات: وكان أبو عمرو الإشبيلي رحمه الله تعالى يرى تبدية مال أوصى به في فك أسير على جميع الوصايا؛ المدبر في الصحة وغيره، ويحتج لذلك برواية أشهب عن مالك في كتاب الجهاد.

وحكى ذلك عنه ابن عتاب وقال: إن الشيوخ أجمعوا على ذلك، وهو صحيح.

وهذا الفصل متسع جداً، ولذلك احتمل التواليف، وتعرض الشعراء لنظمه، فمن ذلك قول بعضهم:

صداق المريض في الوصايا مقدم	ويتلوه ذو التدبير في صحة الجسم
وقيل: هما سيان حكمهما معاً	وقيل: بذي التدبير يُبَدَّى في الحكم
وإن ضيع الموصي زكاة فإنها	تُبَدَّى على ما بعد هذين في النظم
وكفارتان بعدها لظهاره	وللقتل هما لا لعمد ولا جرم
ويتلوهما كفارة الحلف توبعت	بكفارة الموصى عن الصوم ذي
ونذر الفتى تالٍ لما قد قصصته	وما بتل الموصي ودَبَّر في السقم
هما يتلوان النذر ثم وصية	بعتق الذي في ملكه يا أخا الفهم
مع المشترى من ملك زيد معيناً	ليعتق عنه للنجاة من الإثم
وما أعتق الموصي لتوقيت حينه	كشهر ونحو الشهر من أجل حتم
وإن كان عتق بعد مال مؤجل	فعجله ذو العتق قبل انقضاء القسم
يساوى بهم عند الحصاص حقيقة	كذا حكمهم يا صاح في موجب العلم
وبعدهم ما كان عتقاً مؤجلاً	ببعد من التأجيل في مقتضى الرسم
فذاك مع الموصى له بكتابة	ومن كان بعد المال يعتق بالغرم
يُبَدَّون قبل المشترى لعتاقة	بلا نص تعيين عليه ولا حسم
ومن بعده الحج وموصى بفعله	وقيل: هما سيان في مقتضى الحكم
وهذي المبادئ نظمها نظم لؤلؤ	فدونكها نظماً صحيحاً بلا وهم

ونص ابن زرقون رحمه الله تعالى على أن زكاة الفطر مبداة على الظهار وقتل الخطأ؛ لأنه قد قيل بفرضيتها، والظهار والخطأ هو الذي أدخله على نفسه. قال: والمشهور أن عتق المريض وتدبيره بعد كفارة فطر الصيام.

وَلَوِ اشْتَرَى ابْنَهُ فِي مَرَضِهِ جَازَ وَعَتَقَ وَوَرِثَ، وَإِنْ كَانَ مَعَهُ غَيْرُهُ بُدِّيَ الابْنُ، وَقِيلَ: يُعْتَقُ الابْنُ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ ...

خص الابن تبعاً للمدونة على سبيل المثال لا الاختصاص؛ فإن مذهب مالك وابن القاسم أن للمريض أن يشتري في مرضه من يعتق عليه بثلث ماله؛ كان ابناً أو أباً أو أخاً.

وقال أشهب مرة في الولد والأب والأم والإخوة والأجداد: يعتقون من رأس المال، وقال مرة: ذلك إذا لم يكن معهم وارث، فإذا كان له وارث فليس له أن يشتري الولد وغيره إلا بثلث ماله.

ولابن الماجشون قولان آخران:

أولهما في الواضحة: أنه يجوز له اشتراء ابنه خاصة، ولو بجميع ماله ويرثه؛ لأن له استلحاقه، ولا يجوز له أن يشتري غيره لا أباً ولا أماً ولا أخاً؛ لأنه لا يستلحقهم.

ابن رشد: يريد: إلا بثلث ماله، ولا يرثه.

وثانيهما في الثمانية: يشترى الولد وولد الولد خاصة بجميع المال؛ كان له ولد آخر أو لم يكن، ويلحقهم بولده.

وقال ابن وهب في العتبية: إن كان المشترى يَحْجِبُ من كان يرث حتى يصير جميع الميراث له كان أحق أن يشتريه بجميع المال، ويرث إن كان بقي شيء، وإن كان ثَمَّ من يشركه في الميراث لم يشتره إلا بالثلث، ولم يرث؛ لأنه إنما يعتق بعد موت المشتري وقد صار الملك لغيره.

وقال ابن القاسم: إن اشترى أخاه في المرض ورثه إن حمله الثلث، وإلا عتق منه محمل الثلث معجلاً.

وقال أصبغ: لا يرثه إلا أن يكون له أموال مأمونة.

وقوله: (**جَازَ**) أي: الشراء. ومذهب ابن القاسم أنه من الثلث، خلافاً لابن الماجشون في كونه من رأس المال كما تقدم.

وقوله: (**وَعَتَقَ وَوَرِثَ**) أي: من الثلث، وورث. وهذا مذهب ابن القاسم. **وقد يقال**: إرثه مشكل؛ لأن ما يخرج من الثلث إنما ينظر فيه بعد الموت، فإذن لا يتم العتق إلا بعد الموت، فكيف يرث وهو إنما حدث له شرط الميراث بعد الموت؟! **ويجاب عنه** بأنا لا نسلم أنه إنما يعتق بعد الموت، بل يعتق ناجزاً إذا كان له مال مأمون، أو يكون موته كشف أن العتق كان وجب له قبل موته؛ لحمل الثلث له، فلذلك ورث.

ابن القاسم: وإن لم يحمله الثلث عتق منه محمل الثلث، ولم يرث.

وقال أصبغ: لا يرثه وإن حمله الثلث؛ لأنه لا تتم حريته إلا بعد موت الميت، إلا أن يكون للميت أموال مأمونة من عقار وغيرها فيرث ويورث.

واختار اللخمي عدم إرثه مطلقاً؛ لأنه إن لم يكن له مال مأمون لم يتم العتق إلا بعد الموت، وإن كان له مال مأمون كان ذلك إخراجاً للأول عن الميراث، أو عن بعضه إن كان ثَمَّ من يشركه. قال: وقد يستخف إرثه إذا كان ماله مأموناً؛ للاختلاف في تزويج المريض، وهو إدخال وارث.

وللإشكال المتقدم استثقل ابن عبد الحكم في الموازية، قال: وكيف يرثه وهو لو أعتق عبداً لم تتم حريته حتى يقوم في الثلث بعد موت السيد، إلا أن يكون له مال مأمون؟! إلا أنه استسلم لقول مالك.

فإن قيل: فما الفرق [٥٧٦/ أ] على قول ابن القاسم بين هذا ونكاح المريض، والجامع بينهما إدخال وارث؟ **قيل**: سبب الولد مقدم، والزوجة طارئة.

وقوله: (**وَإِنْ كَانَ مَعَهُ غَيْرُهُ بُدِّيَ الابْنُ**) يحتمل أن يريد: فإن اشترى مع الابن غيره ممن يعتق عليه -بُدِّي الابن. وعلى هذا مشّاه ابن عبد السلام رحمه الله تعالى. ويحتمل أن يكون يريد: فإن كان مع الابن معتق غيره، كما لو أعتق عبداً له في مرضه، واشترى ابنه فأعتقه وقيمته الثلث. قال في المدونة: فالابن مُبَدّى ويرثه، كما لو اشتراه صحيحاً.

وهذا الثاني أرجح؛ لأن المسألة كذلك في المدونة والجواهر، قال في المدونة في تعليل بداية الابن: لأن مالكاً لما جعله وارثاً كان كمن اشتراه صحيحاً.

ابن يونس: وفي هذا الاحتجاج نظر؛ لأنه إذا كان كعتق في الصحة فيجب أَنْ لو بتل عتق عبده واشترى ابنه أن الابن يُبدَّى، وفي ذلك رجوع عن التبتيل، وهو لا يقدر أن يرجع، وإنما الحجة فيه أنه لو بتل عتقه في مرضه؛ لأنه لو صح لم يكن له الرجوع فيه، وإنما ورثه استحساناً؛ لأنه لم يزل حراً من يوم اشترائه، ألا ترى أن المبتل في أحد القولين إذا اغتل غلة بعد التبتيل أنه يقوم وحده في الثلث، وكأن الغلة لم تكن ملكاً له من يوم التبتيل. انتهى.

وتمشية ابن عبد السلام رحمه الله تعالى أظهر من جهة اللفظ، إلا أن النقل لا يساعدها على إطلاقها؛ لأنه إن كان واحداً بعد واحد، فإنه يبدى بالأول. وإن كان صفقة فقال أشهب: على قياس قول مالك يتحاصان.

وفي قوله: (**بُدِّيَ الابْنُ**) فأعتقه وإن كان أكثر من الثلث، وورثه.

ابن يونس: يريد على مذهبه الذي يرى أنه يشتريه بجميع المال، إن لم يكن معه وارث.

محمد: بل إن حمله الثلث بدئ به وعتق، وإن بقي من الثلث شيء عتق فيه الأخ أو ما حمل منه. وإن اشترى أخاه أولاً؛ فإن لم يحمله الثلث عتق منه محمل الثلث وعتق الابن في بقية

ماله، وورثه إن خرج كله، وإن لم يخرج كله لم يعتق منه إلا بقية الثلث بعد الأخ. وقاله أيضاً أشهب. وقال في رواية البرقي: إذا كانا في صفقة واحدة تحاصا.

وقال ابن القاسم: إذا اشترى أخاه في مرضه عتق منه محل الثلث معجلاً ورق ما بقي، وإن صار إلى من يعتق عليه عتق بقيته. انتهى.

وَلَوْ أَوْصَى بِشِرَاءِ أَبِيهِ بَعْدَ مَوْتِهِ اشْتُرِيَ وَعُتِقَ مِنْ ثُلُثِهِ وَإِنْ لَمْ يَقُلْ: وَأَعْتِقُوهُ

لأن هذا هو مدلول الوصية عرفاً، ولا خلاف أنه لا يرث هنا شيئاً، وقوله: (بشراء أبيه) يريد: وكذلك كل من يعتق عليه، وفرضها في المدونة في الأب، وفي الموازية في الأخ.

وَلَوْ أَوْصَى بِعِتْقِ كُلِّ عَبْدٍ لَهُ مُسْلِمٍ لَمْ يُعْتَقْ إِلا مَنْ كَانَ مُسْلِماً يَوْمَ الْوَصِيَّةِ

هذه مسألة المدونة، وأغفل المصنف رحمه الله تعالى منها: "وله عبيد مسلمون ونصارى" ولابد منه؛ إذ لو لم يكن في عبيده يوم الوصية مسلم، لدخل فيها من أسلم من عبيده أو اشتراه مسلماً. قاله محمد، ونصه في المدونة: وإن قال في وصيته: "إن مت فكل مملوك لي مسلم حر" وله عبيد مسلمون ونصارى، ثم أسلم بعضهم قبل موته لم يعتق منهم إلا من كان مسلماً يوم الوصية.

واستشكلت المسألة لمخالفتها لما علم من أصلهم أن المعتبر في الوصية يوم تنفيذها، فيما يطلق عليه الاسم من الخروج من الثلث، ولهذا قال التونسي: لعله فهم منه إرادة عتق هؤلاء بأعيانهم، قال: وإن لم يكن له قصد في ذلك فالأشبه دخول من أسلم في الوصية على الأصل.

واختلف فيمن اشتري من المسلمين بعد الوصية؛ فقال ابن القاسم: يدخلون، وقال أصبغ: لا يدخلون.

وَإِذَا أَوْصَى بِنَصِيبِ ابْنِهِ أَوْ بِمِثْلِهِ؛ فَإِنْ كَانَ لَهُ ابْنٌ وَاحِدٌ فَالْوَصِيَّةُ بِالْجَمِيعِ أَوْ بِقَدْرِ مَا يَبْقَى لَهُ، وَإِنْ كَانَ لَهُ اثْنَانِ فَالنِّصْفُ، وَإِنْ كَانَ لَهُ ثَلاثَةٌ فَالثُّلُثُ، وَعَلَى هَذَا. وَقِيلَ: يُقَدَّرُ زَائِداً ...

يعني: إذا أوصى بنصيب ابنه أو بمثله فهما سواء. وهكذا ذكر ابن شاس. وفيه نظر. والخلاف إنما هو منقول إذا قال: "بمثل نصيب ابني" فقال مالك وابن القاسم وأشهب وأصبغ: إذا أوصى له بمال ابنه؛ فإن كان واحداً فقد أوصى له بجميع المال، إن لم يكن معه وارث، وإن كان مع الابن وارث فقد أوصى له بما يبقى للابن. وهذا معنى قوله: (**فَالْوَصِيَّةُ بِالْجَمِيعِ أَوْ بِقَدْرِ مَا يَبْقَى لَهُ**) وإن كان له ابنان فالوصية بالنصف، وإن كان له ثلاثة أولاد فالوصية بالثلث.

(**وَعَلَى هَذَا**) أي: فإن كانوا أربعة فالوصية بالربع، أو خمسة فالوصية بالخمس.

وأهل الفرائض يقدرونه زائداً؛ فإذا لم يكن له إلا ولد واحد فتكون الوصية له بالنصف، وإن كان له ابنان فالوصية بالثلث.

والمشهور أقرب إلى لفظ الموصي، والشاذ أقرب إلى قصد الموصي عرفاً؛ إذ القصد من ذلك عرفاً إنما هو التشبيه لا إحرام الوارث.

أما إذا قال: "له نصيب ولدي" فنص أبو الحسن على أن الفرضيين يوافقون مالكاً، وعلى هذا فلا يقدر زائداً باتفاق، ونحوه لابن عبد السلام.

وقال اللخمي: وإذا خلف الميت ثلاثة من الولد وأوصى لرجل بمثل نصيب أحد بنيه كان له الثلث، وإن كانوا أربعة فالربع، أو خمسة فالخمس، وهذا قول مالك.

وقال ابن أبي أويس في ثمانية أبي زيد: له السدس إذا كانوا خمسة.

وإن قال: "أنزلوه منزلة أحد ولدي، أو اجعلوه كأحدهم" كان له السدس قولاً واحداً. وكذلك إذا قال: "له نصيب أحد ولدي" ولم يقل: مثله. انتهى.

فانظر قوله: (وكذلك) هل أراد التشبيه بالجملة الأخيرة المتفق عليها فيكون عكس كلام أبي الحسن، أو أراد التشبيه بالخلاف فيكون موافقاً لكلام المصنف، ويكون مناقضاً لكلام أبي الحسن، أو يكون تشبيهاً لقول مالك [٧٧٦/ ب] الأول فقط؟ ولا إشكال على القولين أن للورثة ألا يجيزوا ما زاد على الثلث.

وَفِي: "أَلْحِقُوهُ بِوَلَدِي، أَوِ اجْعَلُوهُ وَارِثاً مَعَ وَلَدِي" وَشِبْهِهِ - يُقَدَّرُ زَائِداً بِاتِّفَاقٍ

يريد بـ(**شِبْهِهِ**) فلان من عدد ولدي، أو وارث مع ولدي، أو ألحقوه بميراثي، أو ورثوه من مالي. نص عليه محمد.

فرع:

واختلف إذا أوصى بمثل أحد نصيب بنيه، وترك رجالاً ونساء على أربعة أقوال:

الأول قول مالك: يقسم المال على عدد رءوسهم، الذكر والأنثى سواء، ويعطى حظ واحد منهم ثم يقسم ما بقي على فرائض الله عز وجل. لكن إنها فرض المسألة في المدونة إذا قال: له نصيب أحد ورثتي.

الثاني: أنه كرجل من ولده.

الثالث: أنه يزاد سهمه على السهام ويكون له.

وقال ابن زياد: يكون له نصف نصيب رجل، ونصف نصيب أنثى. هكذا حكى ابن زرقون هذه الأقوال.

والمعتبر هنا في عدد الأولاد من كان موجوداً يوم موت الموصي، ولا ينظر إلى من زاد فيهم بعد الوصية ولا من مات. رواه أشهب عن مالك.

ابن القاسم: وإن أوصى بمثل نصيب أحد ولده ولا ولد له، وجعل يطلب الولد فمات ولم يولد له فلا شيء للموصى له.

وَلَوْ أَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ أَحَدِ وَرَثَتِهِ فَلَهُ جُزْءٌ مُسَمّى بِعَدَدِ رُؤُوسِهِمْ

تصوره ظاهر؛ فإن كان عدد ورثته عشرة فله العُشْرُ، أو تسعة فله التُسْعُ، ولا التفات إلى اختلاف ما يستحقه كل واحد.

وَإذا أَوْصَى بجُزْءٍ أَوْ بِسَهْمٍ فَقِيلَ: سَهْمٌ مِنْ فَرِيضَتِهِ، وَقِيلَ: الثُّمُنُ، وَقِيلَ: السُّدُسُ، وَقِيلَ: الأَكْثَرُ مِنْهُمَا ...

يعني: أنه اختلف إذا أوصى بجزء أو سهم على أربعة أقوال:

الأول لأصبغ: أن له سهماً مما تنقسم عليه الفريضة من غير وصية، قَلَّت السهام أو كثرت. واختاره ابن عبد الحكم ومحمد، وذكر أن عليه جل أصحاب مالك.

والثاني لأشهب: له الثمن؛ لأنه أقل سهم ذكره الله تعالى من الفرائض.

والقول الثالث: أنه يعطى السدس، ورأى أنه أقل السهام، والثمن إنما يستحق بالحجب.

والقول الرابع: أنه له الأكثر منهما؛ أي: من السدس أو الثمن، وسهم من سهام الفريضة.

وَنَقَّصَ المصنف من هذا القول؛ لأن الذي نقله صاحب النوادر وغيره أن في المسألة قولاً بأنه يعطى سهماً من سهام الفريضة ما لم يَزِد على الثلث فَيَرُدُّهُ الورثة إلى الثلث، أو يَنقُصُ عن السدس فلا يُنقَصُ من السدس؛ لأنه أصل ما تقوم منه الفرائض.

وعلى القول بأنه يعطى سهماً من سهام الفريضة فلو كان أصل المسألة من ستة وهي تعول إلى عشرة -فله سهم من عشرة، وقيل: يعطى سهماً ما لم يزد على الثلث، وما لم ينقص عن السدس.

ابن القاسم: يعطى سهماً من الفريضة، فإن لم يكن له وارث أعطي الثلث. ومثله لأشهب إلا أنه قال: إذا لم يكن له وارث أعطي الثمن.

وَلَوْ أَوْصَى بِضِعْفِ نَصِيبِ ابْنِهِ فَلا نَصَّ، فَقِيلَ: مِثْلُهُ، وَقِيلَ: مِثْلاهُ

أي: لا نص عن مالك وأصحابه المتقدمين، وهكذا قال القاضي أبو الحسن: لست أعرف حكمها منصوصاً، غير أني وجدت لبعض شيوخنا: أنه مثل نصيب ولده مرة واحدة، فإن قال: ضعفين، فمثل نصيبه مرتين. ثم حكى عن أبي حنيفة والشافعي رضي الله تعالى عنهما أنهما يقولان: ضِعف النصيب: مثله مرتين، قال: وهو أقوى من جهة اللغة. انتهى.

وفيه نظر؛ ففي الجوهري: ضِعف الشيء: مثله، وضعفاه: مثلاه، وأضعافه: أمثاله. نعم هو أقوى من جهة العرف، وانظر كيف عده المصنف قولاً، وإنما أشار ابن القصار رحمه الله تعالى إلى قوته فقط من جهة اللغة.

وَلَوْ أَوْصَى بِمَنَافِعَ عَبْدٍ وُرِثَ عَنِ الْمُوصَى لَهُ، وَقَالَ أَشْهَبُ: لِوَرَثَةِ الْمُوصِي، أَمَّا إِذَا بَيَّنَ الْمُوصِي أَحَدَهُمَا أُتْبِعَ ...

أي: إذا أوصى بمنافع عبد لفلان، وأطلق ولم يقيدها بِأَجَلٍ ولا بحياة الموصى له ولا بحياة العبد فحمله ابن القاسم في المدونة على ظاهره من حياة العبد؛ فلذلك إذا مات الموصى له يكون لورثته ما بقي من خدمته.

قال في المدونة: إلا أن يستدل من قوله أنه إنما أراد حياة المُخدَمِ.

وحمله أشهب على مدة حياة الموصى له، ورأى أن الموصي لو أراد ما قاله ابن القاسم لكانت عطية للرقبة، والفرض عدمه.

واختار اللخمي وغيره الأول؛ لأن الأصل حمل الكلام على حقيقته، وما اعتقد أنه مانع فليس بمانع؛ لأنه يصح بقاء الرقبة على ملك ربها للجناية وانتزاع المال، أو ليرى صنيعه فيه، أو يبقيه في يده كالحبس لئلا يتلفه.

أما لو بين الموصي أحدهما -أي: حياة العبد أو حياة فلان- فإنه يتبع، ولا خلاف فيه.

ابن المواز: ولو قال في وصيته: يخدم عبدي فلاناً، ثم مات ولم يكن وقَّتَ وقتاً فليس بين أصحابنا اختلاف عَلِمْتُهُ أن ذلك حياة المُخدَمِ، قال: وهو إن شاء الله قول ابن القاسم وأشهب.

وَلَوْ وَقَّتَهُ بِزَمَانٍ مَحْدُودٍ كَانَ لِلْوَارِثِ فِي بَيْعِهِ مَا فِي الْمُسْتَأْجَرِ

يعني: ولو وقت الموصي الانتفاع. وأعاد رحمه الله تعالى الضمير على ما فهم من قوله: (بمنافع عبد) (بزمان محدود) فأراد وارث الموصي بيعه واستثناء المدة الموصى بها فإن لهم في بيعة ما للمالك في العبد المؤجر. فإن كانت المدة قريبة، أو ما بقي منها قريب كاليومين جاز، وإن كانت بعيدة فليس لهم ذلك.

وقوله: (**الْمُسْتَأْجَرِ**) هو بفتح الجيم اسم مفعول.

واحترز بالزمان المحدود مما لو أوصى بخدمته أبداً، أو إلى عمر أحدهما فإن الوارث حينئذٍ لا يملك بيعه.

ويحتمل أن يريد المصنف رحمه الله تعالى: كان لورثة الموصى له ما كان للمستأجِر -بكسر الجيم- ويكون على هذا شبه بالمستأجر؛ تنبيهاً على الجواز في مسألة الوصية؛ لأن كثيراً من المخالفين منعوا البيع في الوصية ووافقوا عليه في مسألة الاستئجار.

ثم هذه المسألة على هذا الوجه مقيدة بغير عبد الحضانة، ففي المدونة: وإن أخدمت عبدك رجلاً أجلاً مسمى فمات السيد قبل انقضاء الأجل -خدم العبد ورثته[٧٧٧/ أ] بقية الأجل إذا لم يكن من عبيد الحضانة والكفالة، وإنما هو من عبيد الخدمة.

واحترز (**بِزَمَانٍ مَحْدُودٍ**) مما لو وَقَّتَهُ بزمان غير محدود، كما لو أخدم رجلاً حياته عبداً. قال في المدونة: فليس له أن يبيع من خدمته إلا مدة قريبة كسنة أو سنتين قال: أو أمداً مأموناً، ثم فرق بينه وبين ما أجازه مالك رحمه الله تعالى من كراء العبد عشر سنين بأن السيد إذا مات لزم وارثه بقية المدة في الكراء، بخلاف المخدم يموت فإنه يرجع لورثة المالك.

فإن قلت: الحمل الثاني أقرب لموافقته للمدونة. **قيل**: لا نسلم ذلك، بل الأول أقرب لكلامه؛ **أما أولاً**: فلأن المسألة في الجواهر عليه، ويغلب على الظن اتباع المصنف له.

وأما ثانياً: فلقول المصنف رحمه الله: (**بَيْعِهِ**) وظاهره: بيعه بنفسه لا بيع منافعه.

وأما ثالثاً: فلأنه يكون أخل بتقييده المسألة كما تقدم.

وأما رابعاً: فلأن الورثة في المسألة التي بعد هذه ورثة الموصي، فالمناسبة تقتضي حمل الوارث في المسألتين على شيء واحد وهو قوله:

فَلَوْ قُتِلَ الْعَبْدُ عَمْداً فَلِلْوَارِثِ الْقِصَاصُ أَوِ الْقِيمَةُ، وَلا شَيْءَ لِلْمُوصَى لَهُ

يعني: لو قُتِلَ العبد الموصَى بخدمته عمداً فلوارث الموصي القصاص أو أخذ القيمة؛ لأنه المالك للرقبة، ولا كلام للموصَى له؛ لأن حقه إنما كان في المنفعة وقد ذهبت. وقيده بالعمد وإن كان الخطأ مساوياً له في وجوب القيمة؛ لقوله: (**الْقِصَاصُ**) والخطأ إنما فيه القيمة فقط، والقصاص مخصوص بما إذا كان قاتل العبد مكافئاً له، وأما لو كان قاتله حراً فتتعين القيمة كالخطأ.

سحنون: ولم يختلف في هذا قول مالك، واختلف فيه قول أصحابه.

وقال محمد: لم يختلف فيه قول مالك ولا أصحابه، وإنما اختلف قول مالك وأصحابه في الذي أخدم رجلاً سنة، ثم رجع لفلان بتلاً فقبضه المخدم، ثم قُتِلَ في الخدمة، هل لصاحب البتل أو للسيد؟

وصحح الأكثرون كلام سحنون؛ لأنه عدل حافظ فيقدم، ولأن المغيرة خالف في ذلك نصاً وأوجب أن يُستَأجَر من قيمة العبد من يخدم الموصى له إلى تلك المدة، إن كان في القيمة وفاء بذلك، حتى أجرى بعضهم من هذا الخلاف خلافاً فيمن أعار رجلاً ثوباً مدة فاستهلكه أجنبي قبل الأجل، وهو مما ينقصه اللبس. وخرج الخلاف إذا استهلكه ربه من الخلاف إذا أخدم السيد أمته رجلاً ثم وطئها سيدها فحملت. وهي في آخر كتاب أمهات الأولاد من المدونة.

وَكَذَلِكَ لَوْ جَنَى الْعَبْدُ فَأَسْلَمَهُ الْوَرَثَةُ، أَمَّا لَوْ فَدَوْهُ اسْتَمَرَّ

يعني: فإن جنى العبد الموصى بخدمته على غيره خير وارث الموصي بين أن يفديه أو يسلمه.

فإن فداه بأرش الجناية استمر على خدمة الموصى له إلى انقضاء الأجل، وإن أسلموه في الجناية بطل حق الموصى له في الخدمة. هذا ظاهر كلام المصنف وابن شاس، وهو خلاف النقل؛ لأنه لا يبطل حق الموصى له بمجرد إسلام الورثة، بل يخير الموصى له بعد ذلك في فدائه أو إسلامه.

وما ذكرناه من البداية بتخيير الورثة هو الذي رجع إليه مالك، وكان أولاً يقول: يبتدأ بتخيير المخدم؛ إذ لا تخيير لصاحب الرقبة إلا بتمامها، فإن فداه خدمه بقية الأجل ثم لا يكون لصاحب الرقبة إليه سبيل حتى يعطيه ما افتكه به، وإلا كان للذي فداه رقاً.

وإن أسلمه المخدم سقط حقه، وقيل لصاحب الرقبة: أسلمه أو افتكه! فإن أسلمه استرقه المجني عليه.

وإن فداه صار له وبطلت الخدمة، واختاره سحنون. واختار أشهب قولاً ثالثاً؛ وهو أن يكونا فيه كالشريكين؛ يقوم ربع رقبته، فإن قيل: عشرة دنانير قومت خدمته أيضاً، فإن كانت أيضاً عشرة دنانير صار حقهما فيه سواء النصف والنصف.

فإن فدياه جميعاً دفع كل واحد منهما نصف دية الجرح، وكان العبد على حاله. وإن أسلماه رق للمجني عليه.

وإن افتكه أحدهما بنصف دية الجرح وأسلم الآخر، فإن أسلم المخدم لم يكن للمجني عليه غير بقية الخدمة، وإن أسلمه صاحب الرقبة كان للمجني عليه بعد الخدمة. واختار أصبغ قول مالك الذي رجع إليه.

فإن قيل: هذا الخلاف إنما هو في الموهوب خدمته مدة، والمصنف رحمه الله إنما كلامه في الموصى بخدمته. **قيل**: هما سواء؛ لأن الوصية بعد الموت لازمة لزوم الهبة في الحياة، ويدلك على ذلك أن سحنون سأل ابن القاسم في المدونة عن مسألة الموصى بخدمته فأجابه بمسألة العبد الموهوب خدمته.

وَيَجُوزُ بَيْعُهُ مَاشِيَةً أَوْصَى بِنِتَاجِهَا لِبَقَاءِ بَعْضِ الْمَنَافِعِ

أي: يجوز بيع الوارث ماشية قد أوصى الميت بنتاجها لرجل معين أو غيره، ويستثنى النتاج الموصى به. وعلل الجواز ببقاء بعض المنافع؛ **يعني**: من الصوف واللبن، وهكذا في الجواهر.

ابن عبد السلام وغيره: وهو خلاف المذهب؛ إذ لا يجوز بيع الأمهات واستثناء الأجنة، فكيف بما لم يخلق؟! ففي العتق الثاني من المدونة: والذي يعتق ما في بطنها في صحة السيد لا تباع وهي حامل، إلا في قيام دين استحدثه قبل عتقه أو بعده، فتباع إذا لم يكن مال غيرها، ويرق جنينها؛ إذ لا يجوز استثناؤه.

ونقل اللخمي عن ابن حبيب جواز بيعها واستثناء جنينها؛ فيكون حراً. ولعل ما ذكره المصنف هنا يتمشى على قول ابن حبيب.

وَيُعْتَبَرُ ثُلُثُ الْمَالِ الْمَوْجُودِ يَوْمَ الْمَوْتِ وَلَوْ كَانَ فِي الصِّحَّةِ

أي: كون الموصى به؛ لأنه يتكلم فيه. ولما كانت الوصية إنما تخرج من الثلث بَيَّنَ المصنف أن المعتبر أن يكون ثلث المال [٧٧٧/ ب] يوم مات، ولا يعتبر ثلث المال يوم الوصية؛ سواءٌ كانت الوصية في المرض أو في الصحة؛ لأن الوصية عطية بعد الموت يجوز الرجوع عنها في الحياة، فلا يصح الالتفات فيها إلى يوم الوصية.

ابن عبد السلام: وهذا خلاف المذهب، فإن المعتبر على المذهب في الوصية أن تخرج من الثلث يوم تنفيذ الوصية لا يوم الموت؛ حتى لو كانت الوصية يسعها الثلث يوم الموت فطرأت على المال جائحة أذهبت بعضه فصارت لا يسعها ثلث ما بقي كان حكمها يوم القسمة حكم من أوصى بأكثر من الثلث، ولا أعلم في ذلك خلافاً في المذهب إلا في فروع يسيرة لا يتأتى منها إطلاق الخلاف في أصل المسألة.

خليل: وقد يجاب عن المصنف بأن قوله: (**يَوْمَ الْمَوْتِ**) بمعنى: يوم التنفيذ؛ لأنه إذا هلك شيء من التركة بسماوي فهو من الموصى له والورثة، فكان لا فرق بين كون الموصى له الثلث يوم الموت أو يوم التنفيذ، ولو أتلف الورثة بعض المال قبل تنفيذ الوصية لكان الإتلاف منهم، وكان للموصى له الثلث كاملاً، فكان قول المصنف: (**يَوْمَ الْمَوْتِ**) أحسن.

وأعاد ابن راشد رحمه الله تعالى الضمير في: (كونه) على العبد المخدم، وهو بعيد.

وَلا مَدْخَلَ لِلْوَصِيَّةِ فِيمَا لَمْ يَعْلَمْ مِنْ إِرْثٍ، وَلا فِيمَا أَقَرَّ بِهِ -وَلَوْ فِي مَرَضِهِ- مِنْ عِتْقٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ غَيْرِهِ، أَوْ أَوْصَى بِهِ لِوَارِثٍ وَلَوْ رُدَّ، بِخِلافِ الْمُدَبَّرِ فِي الْمَرَضِ وَمَا يَرْجِعُ إِلَيْهِ مِنْ تَعْمِيرٍ وَحَبْسٍ. وَفِي الْعَبْدِ الآبِقِ وَالْبَعِيرِ الشَّارِدِ إِنْ اشْتَهَرَ مَوْتُهُمَا ثُمَّ ظَهَرَتِ السَّلامَةُ بَعْدَ مَوْتِهِ؛ قَوْلانِ، كَغَرَقِ السَّفِينَةِ، بِخِلافِ الْمُدَبَّرِ فِي الْمَرَضِ ...

يعني: أن وصايا الميت لا تدخل إلا فيما علم به الميت؛ لأن الميت لم يرد ما لم يعلم به، وهذا هو المعروف. وقال اللخمي والمتيطي: اختلف في ذلك، واختار اللخمي التفصيل؛

فلا يدخل الموصى لهم فيما لم يعلم به، بخلاف الكفارات والزكوات؛ لأن قصده فيهن براءة الذمة.

قوله: (**وَلا فِيمَا أَقَرَّ بِهِ**) أي: ولا دخول للوصايا فيما أقر به الموصي لغيره وهو يظن أن إقراره عامل، وحكم الشرع بإلغائه، كما لو أقر بدين لمن يتهم عليه، أو أقر أنه كان أعتقه في صحته أو تصدق به.

وبالغ بقوله: (**وَلَوْ فِي مَرَضِهِ**) لأنه إذا لم يعد في المرض الذي يتوهم فيه الرد، فأولى إذا كان في الصحة لكن رد لسبب.

وقوله: (**أَوْ أَوْصَى بِهِ**) أي: ولا مدخل للوصايا فيما أوصى به للوارث ولو رَدَّ الوارث -الموصى له- الوصية؛ لاعتقاد الميت أن الموصى به ليس من ماله، بخلاف المدبر في المرض فإنه يدخل فيما لم يعلم به، وفيما أقر به ورد، وفيما أوصى به لوارث ورد، وهو أحد القولين. لكن الذي ثبت عليه ابن القاسم أنه لا يدخل المدبر في المرض فيما لم يعلم به. وهذان القولان أيضاً في المبتل في المرض.

عياض: والذي حَمَلَ عليه المدونة محققو الشيوخ أنهما لا يدخلان فيما لم يعلم. وحُكِيَ في المقدمات ثالثاً بدخول المدبر في المرض فيما لم يعلم دون المبتل، وهو بعيد. وعكسه أظهر.

أما مدبر الصحة فالذي رجع إليه مالك وثبت عليه أنه يدخل فيما علم به وما لم يعلم. ويستفاد من كلامه دخول المدبر في الصحة من باب أولى وأحرى؛ لأنه إذا دخل المدبر في المرض فيما لم يعلم به، فأحرى مدبر الصحة.

والفرق على ظاهر المذهب بين المدبر في المرض في كونه لا يدخل فيما لم يعلم به، بخلاف المدبر في الصحة - أن الصحيح قصد عتقه من مجهول؛ إذ قد يكون بين تدبيره وموته السنون الكثيرة، بخلاف المريض فإنه يتوقع الموت من مرضه وهو عالم بماله، فإنما يقصد أن تجري أفعاله فيما علمه.

أما لو صح المريض ثم مات فهو كالمدبر في الصحة. وصداق المنكوحة في المرض كالمدبر في الصحة.

وحيث حكمنا للمدبر بدخوله فيما لم يعلم به الميت فاختلف: هل يدخل فيما علم به الميت وما لم يعلم به دخولاً واحداً، أو يبدأ بما علم به؟ فإن بقيت من المدبر بقية لم يسعها ثلث ما علم به تممت من ثلث ما لم يعلم به. وتظهر ثمرة هذين القولين عند ضيق الثلث عن الوصايا.

وما تقدم من حَمْلِ قوله: (**بِخِلافِ الْمُدَبَّرِ**) على ما ذكرناه هو حَمْلِ ابن عبد السلام وغيره.

خليل: والأقرب أن يحمل على أن المدبر في المرض تدخل الوصايا فيه إذا بطل بعضه، ويدل على ذلك قوله: (**وَمَا يَرْجِعُ إِلَيْهِ مِنْ تَعْمِيرٍ وَحبْسٍ**). وهذا الذي يؤخذ من كلامه في الجواهر؛ لأنه قال في كتاب محمد -وفي المجموعة نحوه-: قال مالك وأصحابه: لا تدخل وصايا الميت إلا في ثلث ما علم به من ماله، ولا تدخل في كل ما بطل فيه إقراره في المرض لوارث، وما أقر به في مرضه أنه كان أعتقه في صحته أو تصدق به أو أوصى به لوارث فرده الورثة.

وأما ما كان يعلمه مثل المدبر في المرض، وكل دار ترجع بعد موته من تعمير أو حبس فهو من ناحية التعمير -فالوصايا تدخل فيه؛ فيرجع فيه ما ينقص من وصيته ولو بعد عشرين سنة، وكذلك ما رجع بعد موته من عبد آبق أو بعير شارد، وإن كان أيس منه.

وأما إن اشتهر عنده وعند الناس غرق السفينة وموت عبده، ثم ظهرت سلامة ذلك بعد موته فروى أشهب فيه عن مالك قولين: فمرة قال: لا تدخل فيه الوصايا. ومرة قال: تدخل، وقد ينعى إليه العبد وهو يرجوه.

هذا كله فيما عدا المدبر في الصحة، فإنه يخرج مما علم به ما لم يعلم به. انتهى. وبه ظهر بقية كلام المصنف، وظهر أن معنى قوله: (**وَحبْسٍ**) الحبس الذي بمعنى الْعُمْرَى، وأما الحبس المطلق فلا يرجع إليه أصلاً.

وقوله: (**كَغَرَقِ السَّفِينَةِ**) تشبيه لإفادة الحكم؛ لأنه قد تبين أنه منصوص في الجميع.

الصِّيغَةُ لـ٧٧٨/أالكُلُّ لَفْظٍ أَوْ إِشَارَةٍ يُفْهَمُ مِنْهَا قَصْدُ الْوَصِيَّةِ

هذا هو الركن الرابع، ومعناه: أنه لا تتوقف صيغة الوصية على لفظ خاص، بل هو كل ما يفهم منه قصد الوصية، وكذلك الإشارة.

قال في الموازية: وإذا قرأ الشهود الوصية على الموصي، وقالوا: أتشهد أنها وصيتك؟ فقال: نعم، أو قال برأسه: "نعم" ولم يتكلم فذلك جائز.

ابن شعبان: وإذا مُنِعَ المريض من الكلام وأشار إشارة مفهومة جاز أن يشهدوا بها عليه بمنزلة الأخرس.

وتُعُقِّبَ عليه تفسير الصيغة بالإشارة. **وأجيب** بأن المراد بالصيغة: ما يدل على مراد المتكلم، ويكون استعمال الصيغة في هذا المعنى مجازاً، أو حقيقة عرفية.

وَيَنْبَغِي تَقْدِيمُ التَّشَهُّدِ

أي: يستحب لمن كتب وصية أن يقدم ذكر التشهُّد قبل الوصية. قال في المدونة: كذلك فعل الصالحون، ومازال ذلك من عمل الناس بالمدينة، وأنه ليعجبني وأراه حسناً.

وروى أشهب في المجموعة: كل ذلك لا بأس به، تشهَّد أو لم يتشهَّد، وقد تشهَّد ناس فقهاء صالحون، وترك ذلك بعض الناس رضي الله عنهم، وذلك قليل.

ابن القاسم: ولم يذكر لنا مالك كيفيته. وقال أنس بن مالك رضي الله عنه: كانوا يوصون أنه يشهد ألا إله إلا الله وأن محمداً صلى الله عليه وسلم عبده ورسوله.

وأوصى من ترك من أهله أن يتقوا الله ويصلحوا ذات بينهم إن كانوا مسلمين، وأوصى بما أوصى به إبراهيم بنيه ويعقوب ﴿ يَٰبَنِيَّ إِنَّ ٱللَّهَ ٱصۡطَفَىٰ لَكُمُ ٱلدِّينَ فَلَا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنتُم مُّسۡلِمُونَ ﴾ [البقرة: ١٣٢].

وروى أشهب: أن رجلاً كتب في وصيته: أومن بالقدر خيره وشره حلوه ومره. فقال: ما أرى هذا إلا من الصفرية والإباضية! قد كتب من مضى وصاياهم فلم يكتبوا مثل هذا.

وَلَوْ ثَبُتَ أَنَّهَا خَطُّهُ، بَلْ لَوْ أَقْرَأَهَا لَمْ تُفِدْ مَا لَمْ يُشْهِدْ عَلَيْهَا

أي: لو وجدت وصية مكتوبة وشهد عدلان أنها خطه، فقال مالك في العتبية والمجموعة: لا تجوز حتى يشهدهم عليها، وقد يكتب ولا يعزم. قال في الموازية: بل لو قرأها لم يفد حتى يُشهِدَ عليها. نقله صاحب النوادر.

ابن يونس عن الموازية: وإذا أتى الشهود بوصية وقرأها عليهم لم يفد.

وقيد عياض ما تقدم من أنها إذا وجدت بخطه لا تنفذ بها إذا كتبها ليُشهد فيها، قال: وأما إذا كتبها بخطه وقال: إذا مت فلينفذ ما كتبت بخطي فلينفذ ذلك إذا عرف أنها خطه كما لو أشهد. انتهى.

وانظر قوله: "وقال: إذا مِتُّ" هل المراد: شهد على قوله من غير خطه، أو المراد أنه وجد ذلك بخطه وشهد عليه؟ والأول أقرب إلى حقيقة اللفظ؛ إذ القول حقيقة إنما هو في الملفوظ به.

وَلَوْ أَشْهَدَ وَلَمْ يَقْرَأْهَا فَلْيَشْهَدُوا أَنَّهَا وَصِيَّةٌ إِذَا عَرَفُوا الْكِتَابَ بِعَيْنِهِ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ مَخْتُوماً ...

قال في المدونة: وإن كتبها بغير محضر البينة ولا قرأها عليهم فدفعها إليهم وأشهدهم على ما فيها، فإن عرفوا الكتاب بعينه فليشهدوا بما فيه.

قال عنه ابن وهب: ولو طبع عليها ودفعها إليهم وأشهدهم على أن ما فيها منه، وأمرهم ألا يفضوا خاتمه حتى يموت -جاز أن يشهدوا بما فيه بعد موته.

قال في البيان: وعلى رواية ابن وهب ليس للشهود أن يشهدوا إلا أن تكون الوصية عندهم.

قال غير واحد: ورواية ابن القاسم يحتمل أن تكون كذلك، فتكون وفاقاً لرواية ابن وهب، ويحتمل أن يجيز عليها الشهادة ولو رجعت إليه، فيكون خلافاً. قاله عياض وغيره.

وقال أشهب: لا يشهد إذا لم يكن الكتاب عنده وشك في طابعها، إلا ألايشك في الطابع.

وقال عبد الملك: ذلك إذا كانت بطابع الشاهد، وأما بطابع الميت فلا؛ لأنه قد يزيد فيها ثم يعيد طبعه.

وذهب بعض الشيوخ إلى تصويب هذا كله وجواز الشهادة به ولو زاد فيه؛ لأنه إنما أشهدهم على ما فيها وعَيَّنَهَا، فكأنه أشهدهم على ما يزيد فيها ويستقر عليه أمرها. وإليه نحا اللخمي.

وقال غيره: متى كان فيها بياض قبل الطبع فلا يشهد؛ إذ لا يصح أن يشهد بما لم يكتب بعد. وإليه أشار أبو عمران.

صاحب البيان: والذي استحسنه الشيوخ ومضى عليه عمل الناس أنه إذا طوى الكتاب من أوله إلى موضع الإشهاد على نفسه وطبعه، وقد أبقى الإشهاد على نفسه خارج الطبع، وكتب الشهود شهادتهم على ذلك، وأمسك الموصي الوصية عند نفسه، فوجدت بعد موته خطأ واحداً وعملاً واحداً على صفة التقييد الذي كان خارج الطبع، ولم تظهر في

الكتاب ريبة -جاز للشهود أن يشهدوا عليه، بخلاف ما إذا لم يبقَ من الكتاب خارج الطبع ما يستدل به على أن الوصية كانت مكتوبة على بياض.

وذكر عن الحسن وأبي قلابة أنهما كرها الشهادة في الوصية، حتى يُعلم ما فيها؛ لأنه لا يدرى لعل فيها جوراً، قال: ولذلك يستحب للعالم إذا أشهده المتعاملان على أنفسهما في ذكر الحق بما تعاملا فيه ألايكتب شهادته فيه، إذا أشهداه على أنفسهما بما تضمنه حتى يقرأه؛ لئلا تكون المعاملة فاسدة.

ابن عبد السلام: ولعل ما استحبه للعالم لا يخالف ما ذكره الباجي في وثائقه: أن للشاهد أن يضع شهادته، وليس عليه أن يقرأ الكتاب كله، إلا في عقود الاسترعاء، فإنه يلزمه فيها قراءة جميعها؛ لأنه يخبر عن جميعها أنها في علمه.

وقال اللخمي: لا يخلو أن يقر وصيته عنده، أو يودعها أو يسلمها إلى البينة لتكون عندهم، وهي في كل ذلك مختومة أو غير مختومة؛ فإن كانت عنده فأخرجت بعد موته وكانت غير مختومة، وعلمت البينة أنه الكتاب [٧٧٨/ ب] بعينه وليس فيه محو ولا لحق-قبلت شهادتهم، وإن كان فيها محو أو لحق لا يغير ما قبله ولا ما بعده لم يثبت ذلك المحو ولا اللحق ويثبت ما قبله. وإن شك هل يغير ما قبله أو يغير موضعاً منها؟ لم ينفذ منها ذلك الموضع خاصة وأنفذ ما سواه.

وأما إن أودعها وجعلها بيد أمين فإنها تنفذ ولم تبطل لما فيها من محو أو لَحْقٍ؛ لأن الميت جعله أميناً عليها، وهو بمنزلة من قال: صدقوا فلاناً فيما يقول: أنه أوصى به.

وإن أسلمها للبينة فجعلاها في موضع وأغلقا عليها فكذلك. وقال أشهب في الموازية: إن غاب عليها أحدهما، فأجوزهم شهادة من كانت عنده.

مالك: ولا أدري كيف يشهد الآخرون.

وقال أشهب: يشهدون بمبلغ علمهم، ويحملون على ما تحملوا.

اللخمي: ولا أدري أن تجوز إلا أن يعلموا أنه الكتاب بعينه؛ بعلامة أو بغير ذلك مما يتيقن أنه كان مختوماً.

فرع:

أصبغ: سألت ابن وهب عن امرأة أوصت وَدَعَتْ شهوداً فقالت: "هذه وصيتي، وهي مطبوعة، اشهدوا عليَّ بما فيها لي وعلي، وقد أسندتها إلى عمتي، وما بقي من ثلثي فلعمتي" ثم ماتت ففتح الكتاب فإذا فيه: "وما بقي من ثلثي فلليتامى والمساكين والأرامل" قال: أرى أن يقسم بقية الثلث بين العمة وبين الصنوف الآخرين نصفين بالسواء كما لو كانت لرجلين. قال: وسألت عنها ابن القاسم فقال مثله سواء.

وَلَوْ قَالَ: "كَتَبْتُ وَصِيَّتِي وَجَعَلْتُهَا عِنْدَ فُلانٍ فَصَدِّقُوهُ" صُدِّقَ

هكذا في المدونة، ولكنه زاد قبل قوله: (**فَصَدِّقُوهُ**) "فأنفذوها". ورأى المصنف رحمه الله تعالى أن قوله: (صدقوه) يغني عن قوله: (أَنْفِذُوهَا) وهو ظاهر، ونحوه لأبي الحسن رحمه الله تعالى.

وقال فضل: لو لم يقل: "أنفذوها" وإنما قال:" وصيتي عند فلان" فلا يمضى منها شيء حتى يقول: أنفذوها.

وقوله: (**صُدِّقَ**) قال ابن القاسم: بشرط أن يكون عدلاً. وعنه أيضاً: يقبل وإن كان غير عدل، وهو قول سحنون وقول مالك في الواضحة. قيل: وهو ظاهر المدونة، واختاره التونسي واللخمي؛ لأن الميت ائتمنه وأمر أن يقبل قوله، ولأنا لو لم نقبل قوله أدى إلى إبطال الوصية مع علمنا أن الميت مات عن وصيته.

وَلَوْ قَالَ: "أَوْصَيْتُ فُلاناً بِثُلُثِي فَصَدِّقُوهُ" صُدِّقَ

هكذا في المدونة، وهو يدل على أن قوله في المسألة السابقة: (وأنفذوها) ليس بشرط، ومعنى (أوصيت له بثلثي) أجزته بما صنع.

فَلَوْ قَالَ الْوَصِيُّ: "لابْنِي" لَمْ يُصَدَّقْ، وَقَالَ أَشْهَبُ: يُصَدَّقُ

الأول لابن القاسم في المدونة، واستشهد عليه بقول مالك فيمن أوصى أن يَجْعَلَ فلان ثلثه حيث يراه، فإنه إن أعطاه لولد نفسه أو لوارثه فلا يجوز إلا أن يظهر لذلك وجه يظهر صوابه.

واستحسن بعضهم قول أشهب، وفرق بين المسألة وما قاس عليه ابن القاسم بأن مسألة مالك أحال الموصي فيها على نظر الوصي، وصواب ذلك النظر، وخطؤه يظهر للناس. فإذا أعطى لولد نفسه وشبهه ظهر خطؤه وتهمته فيرد، بخلاف مسألة النزاع بين ابن القاسم وأشهب؛ أحال الميت فيها على اختيار الوصي، وذلك أمر لا يعلم إلا من جهة الوصي، ولا يظهر فيه صواب ولا خطأ.

أشهب في الموازية والمجموعة بإثر الكلام الذي ذكره المصنف عنه: وليس هو مثل الذي يشهد لابنه، ولا مثل الذي يوصي إلى فلان أن يجعل ثلثه حيث يراه -فيجعله لنفسه أو لابنه، وهذا ليس له ذلك؛ لأنه فوض إليه ليجتهد، ولو أعطاه لابنه أو أقاربه كما يعطي الناس حسبما يستحق لجاز، وأكره أن يأخذ منه شيئاً، فإن فعل حسب استحقاقه لم آخذه منه.

وقاله ابن القاسم وقال: فإن قال: "لولدي أوصي به" جَعَلْتُهُ كشاهد له، وكمسألة مالك إذا قال: فلان يجعل ثلثي حيث يراه.

محمد: قال مالك في هذه: إنه لا يأخذ هو منه، وإن كان محتاجاً، وإن أعطى منه ولده وكان موضعاً جاز.

وقال مالك في المجموعة في الذي أوصى أن يجعل ثلثه حيث يراه: أرى أنه لا يجوز أن يعطي ذلك أقارب الميت، ولكن يعطيهم كما يعطي الناس.

مالك: وإن كان قد علم حين أوصاه أن يجعل ثلثه حيث يراه الله تعالى أنه أراد أن يرده على بعض الورثة -فلا يجوز، وليرجع كله ميراثاً.

وَلَوْ قَالَ: "اشْهَدُوا أَنَّ فُلاناً وَصِيِّي" وَلَمْ يَزِدْ كَانَ وَصِيّاً فِي جَمِيعِ الأَشْيَاءِ وَفِي إِنْكَاحِ صِغَارِ الذُّكُورِ وَبَوَالِغِ الإِنَاثِ بِإِذْنِهِنَّ ...

هكذا في المدونة. وفي الموازية: وإن قال: فلان وصيي فقد بالغ في الإيصاء، ويكون وصياً على كل شيء. وفي المجموعة مثله ولا أعلم فيه خلافاً.

ابن رشد: الإيصاء والوكالة إذا قصرا طالا، وإذا طالا قصرا؛ أي: إذا طول بالتنصيص على أشياء اقتصر عليها.

وقوله: (صغار بنيه) يدخل فيه الحفدة. وفي دخولهم خلاف إذا كان الأب محجوراً عليه.

محمد: وإن قال وصيت وصيي على مالي دخل فيه الولد. وإن قال: "على ولدي" دخل المال. ويدخل في قوله: "على ولدي" الذكران والإناث إلا أن يخص فيقول: الذكران، أو بناتي. وقد تقدم الكلام في النكاح على جبر الوصي الصغارَ والإناث.

وَلَوْ قَالَ: "وَصِيِّي عَلَى كَذَا" خُصِّصَ، وَرُوِيَ: كَالطَّلاقِ

الأول: مذهب المدونة والمشهور، وهو الظاهر؛ لأن الوصي يتصرف [٧٧٩/أ] بالنيابة فلا يتعدى نظره الوجه الذي أذن له فيه كالوكيل.

والرواية بأن ذلك كالإطلاق ذكر ابن شاس أن ابن عبد الحكم رواه، ونقله صاحب المعونة.

لَوْ قَالَ: "وَصِيِّي حَتَّى يَقْدِمَ فُلانٌ" عُمِلَ بِهِ

أي: عمل بالإيصاء إلى هذه الغاية، فإذا قدم فلان فهو الوصي. ومفهوم الغاية أن فلاناً لو مات قبل قدومه لاستمرت الوصية، وقاله ابن يونس. ومفهومها أيضاً أنه لو قدم ولم يقبل أن الوصي الأول ينعزل؛ لأنه علق نظره بإتيان فلان، وقاله بعض علمائنا، قال: إلا أن يفهم عن الموصي: إذا جاء فقبل، فإذا لم يقبل وجب أن يبقى الأول على ما جعل له.

ابن عبد السلام: وفي النوادر في الحالف ألا يفعل كذا حتى يقدم فلان فمات قبل قدومه، ما يؤخذ منه؟ قولان؛ هل يحمل على أجل قدومه وينوى في ذلك، أو لا يفعله أصلاً؟ فانظر هل يتخرج منه في الفرع الأول شيء أم لا؟

وَلَوْ قَالَ: "وَصِيِّي عَلَى قَبْضِ دُيُونِي وَبَيْعِ تَرِكَتِي" وَلَمْ يَزِدْ، فَزَوَّجَ بَنَاتِهِ؛ رَجَوْتُ أَنْ يَجُوزَ ...

قوله: (**فَزَوَّجَ**) أي: الوصي.

وقوله: (**رَجَوْتُ**) هو عائد على مالك، وهذه مسألة المدونة، قال فيها: وأحب إليَّ أن يرفع إلى السلطان فينظر السلطان في ذلك هل فيه ضرر أو بخس في صداق؟

وقال أشهب: له أن يزوِّج ولا يرفع إلى السلطان.

محمد: وقاله ابن القاسم إن شاء الله. **اللخمي**: والأول أحسن.

ابن القاسم: وقاله مالك فيمن أوصى بميراث بنت له صغيرة تدفع إلى فلان، أترى أن يلي بضعها؟ قال: نعم، وأراه حسناً لو رفع ذلك إلى الإمام فينظر.

وإن جعل وصيته لثلاثة؛ جعل لأحدهم اقتضاء الدين، وللآخر النظر في الفاضل والتصرف فيه بالبيع والشراء، وللآخر بضع بناته جاز.

وليس لأحدهم أن يلي غير ما جُعِل له، فإن تعدى من له النظر في الفاضل والتصرف فيه فاقتضى أو قضى مضى ما فعله ولم يُرَدُّ قضاؤه واقتضاؤه، وإن باع أو اشترى من جعل له النكاح رُدَّ فعله، وإن زوَّج من جعل له النظر في المال رد فعله؛ لأنه معزول عن ذلك وقد أقيم له غيره. وليس هو بمنزلة قوله: فلان وصيي على قضاء ديني، وذكر مسألة المصنف.

وَقَبُولُ الْمُعَيَّنِ شَرْطٌ بَعْدَ الْمَوْتِ لا قَبْلَهُ، فَإِنْ قَبِلَ تَبَيَّنَ أَنَّهَا مِلْكُهُ مِنْ حِينِ الْمَوْتِ - عَلَى الأَصَحِّ - لا مِلْكَ الْمُوصِي

أي: وقبول الموصى له -المعين للوصية- شرط في وجوبها له؛ لأنها أحد أنواع العطايا؛ فاشترط فيها القبول كالهبة وغيرها. وبَيَّنَ المصنف أن ذلك القبول لابد أن يكون بعد الموت، وأما قبله فلا؛ لأن للموصي أن يرجع ما دام حياً.

واحترز بـ(**الْمُعَيَّنِ**) مما لو أوصى لمثل الفقراء والغزاة، فإنه لا يشترط في حقهم القبول.

واختلف إذا قبل بعد الموت، وقد كان تأخر القبول عن الموت؛ فالأصح أن القبول كاشف أن الموصى به مِلْكٌ للموصى له من حين الموت. وقيل: إنما حصل له الملك حين القبول، فيكون الملك قبل القبول لورثة الموصي.

والقولان هنا كالقولين في بيع الخيار، هل هو منحل أم لا؟ **فإن قيل**: الأصح هنا مبني على أنه منبرم، بخلاف المشهور في بيع الخيار، فما الفرق؟ **قيل**: الملك يَثْبُتُ للبائع في الخيار فاستصحب حتى يتحقق الانتقال، والملك هنا قد تحقق زواله بزوال ملك الموصي بموته، والله أعلم.

وَعَلَيْهِمَا مَا يَحْدُثُ بَيْنَ الْمَوْتِ وَالْقَبُولِ مِنْ وَلَدٍ أَوْ ثَمَرَةٍ

أي: فعلى الأصح يكون للموصى له، وعلى مقابله يكون للورثة، ويتخرج أيضاً على هذين القولين وجوب زكاة الفطر وما أفادته الأمة والعبد بعد الموت من المال وغير ذلك، كما لو أوصَى له بزوجته الأمة فأولدها ثم علم فقبل: هل تصير بهذا الولد أم ولد أم لا؟

وحكى المصنف الخلاف في الولد تبعاً لابن شاس، وحكى بعضهم الاتفاق على أنه للموصى له، ويقرب منه كلام التونسي الذي ذكره المصنف في قوله رحمه الله:

وَعَلَى الْمَشْهُورِ فِي تَقْوِيمِ الأُصُولِ بِغَلاَّتِهَا أَوْ دُونَ غَلاَّتِهَا ثُمَّ يَتْبَعُهَا - قَوْلاَنِ. قَالَ التُّونُسِيُّ: وَبِغَلاَّتِهَا أَشْبَهُ، كَنَمَاءِ الْعَبْدِ وَوَلَدِ الأَمَةِ ...

أفاد قوله: (**وَعَلَى الْمَشْهُورِ**) أن الأصح المتقدم مشهور؛ يعني: أنه اختلف إذا قلنا: إن الغلات الحادثة بعد موت الموصي للموصى له، فهل تُقَوَّم الأصول بغلاتها، أو بدون غلاتها ثم تتبعها؟ قولان.

فلو أوصى له بحائط يساوي ألفاً وهو ثلث الموصي، لكن زاد لأَجْلِ ثمرته مائتين؛ فعلى الأول -وهو الذي قال التونسي: إنه أشبه- لا يكون للموصى له إلا خمسة أسداس الحائط، وعلى الثاني يكون جميع الحائط للموصى له.

وقوله: (**كَنَمَاءِ الْعَبْدِ وَوَلَدِ الأَمَةِ**) ظاهره أنه يتفق على ذلك وإلا لما حسن به استشهاد. وقد يفرق بأن نماء العبد منفصل، وولد الأمة كالجزء منها.

سحنون: وتقويم الأصول بالغلات أعدل أقوال الأصحاب، وهو قول أكثر الرواة، وهو لابن القاسم. وقال أيضاً في المدونة: إنه تُقَوَّم الأصول دون الغلات.

ابن القاسم في المدونة: وإن أوصى لرجل برقبة جنانه فأثمر الجنان قبل موت الموصي بسنة أو سنتين، ومات الموصي، والثلث يحمل الجنان وما أثمر -فالثمرة للورثة دون الموصى

له، وذلك إذا أُبِّرَتِ النخل وأُلقِحَتِ الشجر قبل موت الموصي. ثم ذكر عن مالك: إذا مات الموصي قبل الإِبَارِ أن الغلة للموصى له كالبيع.

ابن يونس: [٧٧٩/ ب] وحيث قَوَّمْنَا الأصول وحدها فخرجت من الثلث، وكانت الغلات تبعاً لها، وقد كان أنفق على الجنان نفقة من مال الميت إلى أن تمت ثمرته -فيجب أن تكون تلك النفقة على الموصى له؛ لأنه لما حمله الثلث كأنه لم يزل ملكاً للموصى له، ولأن الميت لم ينتفع بالغلة ولا كثَّر بها ماله؛ فلذلك تكون النفقة على الموصى له.

وَلا يُفْتَقَرُ إِلَى قَبُولِ الرَّقِيقِ إِذَا أَوصَى بِعِتْقِهِ

كان الموصى بعتقه معيناً أم لا؛ لأنه وإن كان معيناً ففيه حق لله تعالى فلا يتوقف على قبوله، كما لو أعتقه في حال الحياة فإنه لا يتوقف على خياره.

ابن عبد السلام: نعم لو خير في عتق نفسه أو ملكه ذلك كان له القبول أو الرد.

وَفِيهَا: إِذَا أَوْصَى بِبَيْعِ جَارِيَةٍ لِلْعِتْقِ إِذَا كَانَتْ مِنْ جَوَارِي الْوَطْءِ فَذَلِكَ لَهَا

نسبها للمدونة؛ لأن ظاهرها معارض لما قبلها، ولكن لا معارضة في الحقيقة؛ لما يحصل لجوار الوطء من الضياع غالباً بالعتق.

وقيل: لا خيار لها كانت رائعة أم لا، وتباع للعتق، إلا ألا يوجد من يشتريها بوضيعة ثلث الثمن.

وقال أصبغ: يكون لها الخيار في هذه المسألة وفي المسألة السابقة؛ أعني: إذا أوصى الميت بعتقها فقال: أعتقوها.

اللخمي: وهو أبين؛ لأن العتق لم ينفذ في الموضعين، والضرر في الموضعين سواء.

قال أصبغ: وهذا إذا قال: افعلوا، ولم يقل: هي حرة، وأما إذا قال هذا فلا ينظر إلى قولها وتنفذ لها الوصية.

وإذا فرعنا على مذهب المدونة فاختارت أحد الأمرين ثم أحبت الانتقال إلى الآخر، فقال ابن القاسم: ذلك لها ما لم ينفذ فيها الذي اختارته أولاً، أو يكون ذلك بتوقيف من سلطان.

وقال أصبغ: إذا شهد على اختيارها أحد الوجهين لم يكن لها الرجوع إلى الآخر.

مالك: وإن أعتقها الورثة قبل أن تختار لم يكن ذلك لهم إن أحبت البيع. وكذلك إن قال: بيعوها ممن أحبت، فأعتقوها وأحبت البيع رُدَّ عتقها.

ابن القاسم: وإن أحبت أن تباع بغير شرط العتق فللورثة حبسها أو بيعها.

محمد: فإن بيعت بغير شرط العتق لم يوضع من ثمنها شيء، وإن بيعت بشرط العتق وضع ثلث ثمنها.

الْوَصِيَّةُ أَرْكَانٌ

أي: لها أركان. ومراده الوصية على النظر، والمتقدم في الوصية بالمال، ولهذا لما كان هذا نوعاً واحداً أفرده.

وقوله: (**أَرْكَانٌ**) أي: ثلاثة؛ الموصي، والموصى له، والموصى فيه. **فإن قلت**: هو لم يذكر الموصى فيه. **قيل**: لما ذكر الموصي اقتضى ذكر موصى فيه. وترك الصيغة لتقدم الكلام عليها في الوصايا.

الْمُوصَى إِنْ كَانَ عَلَى مَحْجُورٍ عَلَيْهِمْ فَيَخْتَصُّ بِالأَبِ وَالْوَصِيِّ

قوله: (**الْمُوصَى**) المراد: الجنس؛ فيدخل وصي الأب، ووصي وصيه وإن بعد، ولا يلحق به مقدم القاضي على المنصوص. نص عليه ابن الهندي وابن أبي زمنين وغير واحد.

ابن راشد: وقال بعض الأندلسيين: إن الذي مضى به الحكم أَنَّ حكم مقدم القاضي حكم الوصي في جميع أموره؛ لأن القاضي أقامه مقام الوصي.

بعض الشيوخ: وعلى هذا فيكون له أن يوكل في حياته من يقوم مقامه، ويوصي بذلك بعد مماته. انتهى كلام ابن راشد رحمه الله.

ولا خفاء أن مراد المصنف إذا كان الأب رشيداً، ولو كان محجوراً عليه لم يكن له نظر على ولده، ولا أن يوصي عليهم.

وَلا وَصِيَّةَ لِجَدٍّ وَلا لأُمٍّ

لا خلاف أن الجد لا إيصاء له، ومنع في المدونة إيصاء الأخ على أخيه، قال: ولا يقاسم عليه. وأجاز أشهب المقاسمة عليه.

اللخمي: فعلى قوله -تجوز وصيته بما يورث عنه، إذا لم يكن له وصي. وأجاز ابن القاسم في اللقيط المقاسمة عليه، فإجازته في الأخ أولى.

وَفِيهَا: تَصِحُّ مِنَ الأُمِّ فِي الْيَسِيرِ كَسِتِّينَ دِينَاراً، وَقِيلَ: لا

إجازة ذلك استحسان بثلاثة شروط؛ يسارة المال، وأن يكون موروثاً عنها، وألا يكون لهم أب ولا وصي.

سحنون: وقول غيره: إنها لا تجوز أعدل.

تنبيه:

كل هذا في الوصية بما صار له من مال الميراث، وأما ما تطوع الميت بالوصية به فتجوز الوصية، ويقبض له من وصايا الميت، فلو قال: "لفلان الصغير، ويكون على يد فلان حتى يرشد" لم يكن لأبيه ولا وصيه أن يقبض ذلك، ولا يحجر عليه فيه؛ لأنها هبة من الموصي على صفة فلا تُغَيَّر. نص عليه اللخمي وغيره.

وَإِنْ كَانَ عَلَى غَيْرِهِمْ مِنْ قَضَاءِ الدَّيْنِ وَتَفْرِيقِ الثُّلُثِ، فَلا يَخْتَصُّ الْمُوصَى

أي: وإن كان الموصي أوصى على غير محجور عليهم، وهذا مقابل قوله أولاً: (إذا كان على محجور عليهم).

وقوله: (**مِنْ قَضَاءِ الدَّيْنِ وَتَفْرِيقِ الثُّلُثِ**) هو بيان لغير المحجور عليهم، فلا يختص الموصي على هذا بأن يكون أباً أو وصياً، بل يصح من كل من عليه حق أو له.

وَلَوْ أَوْصَى ذِمِّيٌّ لِمُسْلِمٍ فَلا بَأْسَ بِذَلِكَ مَا لَمْ يَكُنْ خَمْراً أَوِ الْتِزَامَ جِزْيَةٍ

وقع في نسخة ابن عبد السلام هنا قبل قوله: (**وَلَوْ أَوْصَى**) (الموصي) ولم يقع ذلك عندنا إلا فيما يأتي.

والضمير في قوله: (**يَكُنْ**) عائد على الموصى به المفهوم من أوصى، وهكذا في المدونة وغيرها، ففيها: وإن أوصى ذمي إلى مسلم فإن لم يكن في تركته خمر ولا خنزير، ولم يَخَفْ أن يُلْزَمَ بالجزية فلا بأس.

وقال أشهب في الموازية: أنا أكرهه؛ خوفاً أن يلزم بجزية.

وليس بَيِّناً في الكراهة. ولو قَبِلَ لجاز ولزمته، وإن كان غير ذلك فلا بأس به وإن كان فيها خمر وخنازير، وتكون الوصية فيما سوى الخمر والخنازير.

وأما وصية الذمي إلى الذمي، فلا يمنعون منها، إذا كان فيها الخمر ونحو ذلك مما يستحلونه، قاله ابن الماجشون.

قوله: (**وَلَوْ أَوْصَى ذِمِّيٌّ لِمُسْلِمٍ**) نص أشهب أيضاً على جواز وصية الحربي للمسلم.

أشهب: ولو أوصى ذمي إلى حربي لم يجز، وإن كان مستأمناً. قال: ولو أوصى الحربي المستأمن إلى ذمي جاز.

الْمُوصَى شَرْطُهُ: التَّكْلِيفُ، وَالإِسْلامُ، وَالْعَدَالَةُ وَالْكَفَاءَةُ

أسقط ابن عبد السلام هنا (**الْمُوصَى**) لتقدمه في نسخته، وذكر أربعة شروط:

الأول: التكليف، فلا تجوز الوصية إلى صبي أو إلى معتوه.

الثاني: الإسلام، فلا تجوز الوصية لذمي ولا حربي؛ لعدم العدالة.

الثالث: العدالة، فلا تجوز لفاسق.

قال في المدونة: ولا تجوز الوصية لذمي أو مسخوط أو من ليس بعدل، ويعزل إن أوصى إليه.

ولو اكتفى بالعدالة عن الإسلام لكان أخصر.

ونقل بعضهم عن ابن المواز أنه قال: لم أرد هنا بالعدالة عدالة الشاهد؛ حتى لا يجوز غيره، ولكن العدالة هي الأمانة والرضا فيما يصير إليه، والقوة عليه.

الرابع: الكفاءة؛ أي: في التصرف، فلا تجوز الوصية إلى عاجز عن التصرف.

محمد وابن عبدوس: ولا مأبون.

وَكَانَ أَجَازَهَا قَبْلُ لِلْكَافِرِ، قَالَ مَرَّةً: وَإِذَا كَانَ قَرِيْباً كَالأَبِ وَالأَخِ وَالْخَالِ وَالزَّوْجَةِ فَيُوْصِيْهِ عَلَى الْصِّلَةِ فَلا بَأْسَ بِذَلِكَ ...

حاصله أن في الوصية للكافر ثلاثة أقوال:

المشهور: عدم الصحة مطلقاً، وهو قول مالك الذي رجع إليه.

والثاني: أنها تصح إليه.

والثالث: التفصيل بين القريب وغيره، لكن لم ينسب ابن أبي زيد وابن رشد وغيرهما الثالث إلا لابن القاسم.

فإن قلت: في حكاية الثاني والثالث نظر؛ لأن نص الرواية في العتبية: وكره مالك الوّصية لليهود والنصارى، ثم ذكر قول ابن القاسم، وهذا يمكن حمله على الوصية لهما بالمال لا بالنظر، وقد فهمها ابن رشد على ذلك، **قيل:** هو معارض بفهم غيره، فإن الذي فَهِمَ منها ابن أبي زيد وابن يونس هو ما ذكره ابن شاس والمصنف.

وَلا تَصِحُّ لِمَسْخُوطٍ، وَلَوْ طَرَأَ الْفِسْقُ عُزِلَ

هذا هو الذي احترز عنه بالعدالة، ونبه بقوله: **(وَلَوْ طَرَأَ الْفِسْقُ عُزِلَ)** على أن هذا الشرط تعتبر استدامته كابتدائه؛ لأن بعض الشروط يُشْتَرَطُ ابتداءً لا دواماً. وما ذكره من العزل بطروء الفسق هو المشهور.

وقال المخزومي: لا يعزل، ولكن يجعل معه وصي آخر عدل. وهذا الذي ذكره المصنف خاص بالوصي على أموال اليتامى، أو على اقتضاء دين أو قضائه؛ خيفة أن يدعي غير العدل الضياع. وأما فيما يختص بالميت كالوصية بالثلث أو بالعتق فتجوز إلى غير العدل.

ابن المواز: عن ابن القاسم وأشهب: ومن أوصى إلى محدود في قذف فذلك جائز إذا كانت منه فلتة، وكان ممن ترضي حالته، وإن لم يتزيد حسن حال إذا كان يوم قذفه غير مسخوط.

وأما من حُدَّ في زنى أو سرقة أو خمر -فلا يقع في مثل هذا من له ورع- فلا تجوز الوصية إليه إلا أن تحدث له توبة، أو تورع يعرف فضله فيه فتجوز الوصية إليه.

مالك في الموازية: وإن كانت الوصية بعتق أو بشيء في السبيل ولم يكن وارثاً -لم يكشف عن شيء إلا عما يبقى للورثة منفعته، مثل: العتق؛ لهم الولاء، إلا أن يكون الوصي سفيهاً سارفاً فيكشف عن ذلك كله، فرب وصي لا ينفذ من الوصية شيئاً، وهذا صحيح؛ لأن الميت وإن أوصى لغير عدل، فلم يُرِدْ إلا إنفاذ الوصية فلا يمنع الورثة من الاطلاع على ذلك؛ حتى يعلموا أنه أنفذها.

مالك: وإن كان الوصي وارثاً فلباقي الورثة أن ينظروا في ذلك، ويكشف عنه الوصي.

وَلا تَصِحُّ لِعَاجِزٍ عَنِ التَّصَرُّفِ

هذا هو الذي احترز عنه بـ(الكفاءة).

وَتَصِحُّ لِلْعَبْدِ لَهُ وَلِغَيْرِهِ، وَيَتَصَرَّفُ بِإِذْنِ السَّيِّدِ

لما تكلم على شروط الوصي وموانعه، أتبعه بالكلام على ما يُظَنُّ مانعاً، وليس بمانع.

قال في المدونة: ومن أسند وصيته إلى عبده، أو مكاتبه جاز، قال في المدونة: وكذلك مدبره وأم ولده والمعتق إلى أجل والمعتق بعضه.

وقال سحنون: إنما يكون العبد المملوك وصياً للصغار إذا كان بينهم بالسواء فيما يتكلف لهم العبد، أو يكون تكلفه لهم على قدر مواريثهم، وصححه ابن رشد. **سحنون**: وإن كان فيهم كبير، وكان عبداً قِنّاً أو معتقاً إلى أجل فهي وصية لوارث، فإن أجازها الكبار، وإلا بطلت، وهو قول عبد الملك.

ابن رشد: وقول مالك أصح إذا قلنا: إنما ينظر للأصاغر في الأيام التي لهم.

مالك في الموازية: والمكاتب مثل العبد.

أشهب: وليس فيه تقويم، إلا أن يعجز.

وقوله: (**وَيَتَصَرَّفُ بِإِذْنِ السَّيِّدِ**) هو خاص بعبد غيره.

اللخمي: وتجوز الوصية لعبد الأجنبي إذا رضي سيده، وكان سيده ممن لا يخاف أن يغلب على ما في يد عبده. وأخل المصنف بهذا الشرط.

ابن القاسم وأشهب في الموازية والمجموعة: وإذا أجاز السيد الوصية للعبد فليس له بعد ذلك رجوع إلا لعذر مِنْ بيع أو سفر أو نقلة منه أو من العبد إلى غير الموضع الذي الورثة به، فيقيم لهم الإمام غيره.

اللخمي: وهذا بخلاف المعروف من قوله، والمعروف في هذا الأصل أن للعبد أن يقيم غيره مقامه عند سفره، أو غيره من غير حاجة إلى السلطان. ولا فرق في ذلك بين حر وعبد. وإن رضي المشتري أن يبقيه على الوصية جاز.

وَتَصِحُّ لِلأَعْمَى وَالْمَرْأَةِ

لا أعلم في ذلك خلافاً.

وَإِذَا أَوْصَى لِعَبْدِهِ فَأَرَادَ الأَكَابِرُ بَيْعَ الْجَمِيعِ اشْتُرِي لِلأَصَاغِرِ

نحوه في المدونة، وظاهرها أنه لا يؤخذ نصيب الأكابر إلا إذا شاءوا البيع. قيل: ويشترى بالقيمة كأخذ ما يجاور المسجد إذا احتيج إلى توسعته، وفيه مخالفة للأصول. وأشار بعضهم إلى أنه يشترى نصيب الأكابر بالقيمة وإن لم يريدوا البيع. ولعل ذلك إذا منع الأكابر العبد من النظر للأصاغر. ولو قيل: إنه يعرض للبيع فإذا وقف على ثمن اشترى حينئذٍ للأصاغر نصيب الأكابر لكان أخف، وفيه مع ذلك مخالفة للأصول؛ لأن الأصل أنه لا يأخذه أحد الشريكين بالثمن الذي بلغ إلا برضا الآخر، أو يزيد عليه الآخر. ولعلهم إنما قالوا هنا بهذا؛ ارتكاباً لأخف الضررين بالتقويم، كما في الدار تجاور الجامع تؤخذ بالقيمة إذا احتيج إلى توسعته بها. وأصل هذا من السنة التقويم في عتق الشريك.

ثم إن الشراء للأصاغر مقيد بما إذا كان في أموالهم ما يحمل. قال في المدونة: وإن لم يحمل ذلك نصيبهم، وأضر بهم بيعه باع الأكابر حصتهم منه خاصة إلا أن يضر ذلك بالأكابر ويأبوا فيقضى على الأصاغر بالبيع معهم. قال في الواضحة: ويفسخ الإيصاء حينئذٍ، ونحوه في الموازية.

وفي مختصر حمديس: إن لمشتريه فسخ وصيته إذا كان يضر به ويشغله، واعترضه عبد الحق، وقال: لا يكاد يصح عندي.

وَلا يَبِيعُ الْوَصِيُّ عَبْداً يُحْسِنُ الْقِيَامَ بِهِمْ

نحوه في المدونة، ووجهه أن في بقائه مصلحة لهم، والوصي إنما ينظر بالأصلح.

وَلا يَبِيعُ عَقَارَهُمْ إلا لِحَاجَةٍ أَوْ غِبْطَةٍ

قد تقدم هذا وما فيه في الحَجْرِ.

وَلا يَشْتَرِي لِنَفْسِهِ شَيْئاً، فَإِنْ فَعَلَ تُعُقِّبَ بِالنَّظَرِ

أي: لا يشتري لنفسه، ولا يدس من يشتري له، صرح به في المدونة. فإن اشترى تعقب بالنظر؛ أي: بنظر الحاكم، وقال في كتاب كراء الدور والأرضين: يعاد إلى السوق، قال في المدونة: فإن كان فضل كان لليتامى وإلا ترك.

عياض: ظاهره أنه ينظر فيه الآن، وإن لم يكن فيه فضل فلابد من النظر فيه يوم البيع بالقيمة والسداد.

وكذا قال عبد الملك: ينظر فيه الحاكم يوم يرفع إليه، فإن كان سداداً أمضاه. وقال ابن كنانة: ينظر فيه الحاكم يوم الشراء.

وانظر قوله في كراء الدور: أنه يعاد إلى السوق -ونحوه في المجموعة- فإن ظاهره أنه يفسخ، ويحتمل أن يعاد ليعطوا الفضل.

وَفِيهَا: سَأَلَهُ وَصِيٌّ عَنْ حِمَارَيْنِ أَرَادَ أَخْذَهُمَا لِنَفْسِهِ بِمَا أُعْطِيَهُ؛ فَاسْتَخَفَّهُ لِقِلَّةِ الثَّمَنِ ...

هذا تخصيص لعموم قوله: (**لا يَشْتَرِي**) واستغنى بقلة الثمن عن تعيينه. ونقصه من التعليل: "الاجتهاد في تسويقهما" كان ينبغي ذكره؛ لأن له أثراً في الاستخفاف.

قال فيها: وأرخص مالك لوصي سأله عن حمارين من حمر الأعراب في تركة الميت ثمنهما ثلاثة دنانير، تسوق بهما الوصي في المدينة والبادية، فأراد أخذهما لنفسه بما أعطي - فأجاز ذلك، واستخفه.

وَلا يَبِيْعُ الْوَصِيُّ التَّرِكَةَ عَلَى الأَصَاغِرِ إِلا بِحَضْرَةِ الأَكَابِرِ، وَإِلا رَفَعَ إِلَى الْحَاكِمِ ...

لأنه لا نظر على الأكابر.

وقوله: (**وَإِلا رَفَعَ إِلَى الْحَاكِمِ**) أي: وإن لم يكن الأكابر حضوراً رفع الوصي للحاكم. قال في المدونة: فيأمر من يلي معه البيع للغائب إذا كانت التركة عروضاً أو حيواناً.

وَإِذَا أَوْصَى لاثْنَيْنِ مُطْلَقاً نُزِّلَ عَلَى التَّعَاوُنِ، فَلا يَسْتَقِلُّ أَحَدُهُمَا إِلا بِتَقْيِيدٍ، فَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا اسْتَقَلَّ ...

قوله: (**مُطْلَقاً**) أي: من غير تقييد، فلم ينص على الاجتماع، ولا على الانفراد؛ لأنه لا إشكال إذا نص على شيء أنه يتبع. وكلامه ظاهر التصور، ووجه عدم استقلال أحدهما أن لكل واحد منهما من التصرف ما لصاحبه؛ فكانا في فعلهما كفعل رجل واحد. ولعدم استقلال أحدهما قال في المدونة: ليس لأحدهما أن يزوج دون صاحبه إلا أن يوكله صاحبه، وإن اختلفا نظر السلطان.

ابن القاسم: ولا يجوز لأحدهما بيع ولا شراء ولا أمر دون الآخر.

اللخمي: فإن فات ما باعه أحدهما فعلى الذي انفرد بالبيع الأكثر من الثمن أو القيمة، فإن اشترى وفات البائع بالثمن كانت السلعة المشتراة له وغرم الثمن.

أشهب: إلا في الشيء التافه الذي لابد لليتيم منه مثل أن يغيب أحدهما، فيشتري الآخر الطعام والكسوة، وما يضر باليتيم استئجاره.

وإن ادعى رجل بدعوى على الميت لم يخاصم أحدهما دون الآخر، إلا أن يكون الآخر غائباً، فإن انحصر الحاضر، وقضي على الميت -وَقَفَ الغائب على حجته، وَنَظَرَ ما عنده بعد قدومه. وكذلك إذا كان للميت دعوى فلا يخاصم أحدهما دون الآخر إلا أن يكون ذلك بوكالة، أو يكون الآخر غائباً.

وقوله: **(فَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا اسْتَقَلَّ)** أي: الآخر بالنظر، وهذا خلاف ما قاله اللخمي، فإنه قال: إن مات عن غير وصية لم يكن للحي أن يلي النظر وحده، وينظر السلطان في ذلك؛ فإما أقره وحده إن رأى لذلك وجهاً، أو يشرك معه غيره.

وكذلك قال ابن راشد: إنَّ ما ذكره المصنف رحمه الله تعالى مشكل؛ لأن الموصي لم يجعله مستقلاً، فكيف يستقل؟! والذي جرى عليه عمل القضاة في عصرنا ببلدنا أن يجعل معه آخر. وإذا شهد عندهم أنه أهل لذلك الاستقلال جعلوا له ذلك. انتهى.

وفي النوادر عن علي بن زياد: أنه يجعل معه غيره، لكن ذكر في النوادر عن ابن القاسم: إذا مات أحدهما ولم يوصِ فإن كان الباقي بيِّن العدالة والكفاءة لم أرَ أن يَجْعَلَ معه القاضي غيره، وإن لم يكن بيِّن العدالة، أو كان مبرزاً ويحتاج إلى معرفة فليجعل معه غيره، فيكون كالميت.

وعلى هذا فيحمل كلام المصنف على ما إذا كان الباقي بيِّنَ العدالة والكفاءة، ويكون اعتمد على ما قدمه من اشتراط الكفاءة والعدالة، والله سبحانه أعلم.

وَفِي انْتِقَالِهَا لِمَنْ يُوصَى إِلَيْهِ قَوْلانِ، بِخِلافِ مَا لَوْ أَوْصَيَا مَعاً

أي: لو مات أحدهما وأوصى بما له ففي انتقال الإيصاء لمن يوصي إليه قولان؛ الإمضاء ليحيى بن سعيد في المدونة وأشهب، والمنع لسحنون.

اللخمي: وهو أصل ابن القاسم؛ لأنه لا يجوز لأحدهما أن ينفرد بالنظر دون غيره، ولا أن يقيم غيره في التصرف في الحياة في شيء دون مؤامرة صاحبه فكذلك عند الموت.

ونقل ابن شاس الثاني عن مالك وابن القاسم نصاً، وهو ظاهر المذهب، ورأى في الأول أن الميت مستقل بذلك القدر الذي أوصى به.

وقوله: (**بِخِلافِ مَا لَوْ أَوْصَيَا مَعَاً**) أي: فإنها تنفذ على القولين؛ لاجتماعهما عليها، فكان ذلك كاجتماعهما على شيء في حياتهما.

اللخمي: وإن جعل الميت منهما النظر للحي، ورضي الحي بذلك جاز. وكذلك إن أقام آخر معه، ووافقه عليه الحي جاز من غير مؤامرة حاكم.

وَإِذَا اخْتَلَفَ الْوَصِيَّانِ فِي أَمْرٍ تَوَلَّى الْحَاكِمُ الْمُخْتَلَفَ فِيهِ

ذكر (أمراً) ليعم البيع والشراء وترشيد المحجور عليه وتزويجه وغير ذلك.

وقوله: (**تَوَلَّى**) أي: نظر، فإن كان الصواب مع أحدهما أمر الآخر بموافقته، وإن كان في غير ما قالاه أمرهما به ومنعهما مما عداه.

ابن عبد السلام: وظاهر كلامه أنهما معزولان عما اختلفا فيه، وأن القاضي حينئذٍ يتولى النظر في ذلك الشيء الذي اختلفا فيه، وإن كان الصواب مع أحدهما.وليس كذلك، وعلى ما فسرنا به كلامه يندفع هذا.

فَإِنْ كَانَ فِي مَالٍ وَضَعَهُ عِنْدَ أَوْلاهُمَا أَوْ غَيْرِهِمَا، وَيَجْتَمِعَانِ عَلَيْهِ

قوله: (**فَإِنْ كَانَ**) أي: المختلف فيه في حفظ مال. (**وَضَعَهُ**) أي: الحاكم (**عِنْدَ أَوْلاهُمَا**) أي: لكونه أعدل.

مالك: فيكون المال عند أعدلهما، ولا يقسم.

قال ابن القاسم: وإن كانا في العدالة سواء فأحرزهما أو أكفاهما، وفي كلام بعضهم: الترجيح بكثرة المال عند استوائهما في العدالة.

اللخمي: وكل هذا استحسان ولو جعلاه عند أدناهما في العدالة لم يضمنا؛ لأن كليهما عدل، وقد يكون أحدهما آمن، والآخر أكفى.

مالك في المدونة: وإن اختلفا حينئذٍ طبع عليه وجعل عند غيرهما.

ابن كنانة: وكذلك إذا جعله السلطان عند أحدهما يجتمعان عليه.

وقوله: (**وَيَجْتَمِعَانِ عَلَيْهِ**) **ابن عبد السلام**: ولا يظهر له كبير معنى؛ لأنهما إن أخرجاه من أيديهما باختيارهما مع وجود الصفات المعتبرة فيهما كانا مخطئين، وينبغي أن يضمنا. وإن كان القاضي هو الذي أخرج المال من أيديهما لعدم الصفات المعتبرة فيهما فلا ينبغي أن يلتفت إلى اجتماعهما، ولا إلى اختلافهما.

خليل: والأحسن أن يكون معنى قوله: (ويجتمعان عليه) أي: يجتمعان في التصرف فيه؛ لأنه وإن جعل عند أحدهما أو غيرهما، فلا يتصرف فيه إلا الاثنان.

وَفِي جَوَازِ قَسْمِهِمَا الْمَالَ قَوْلانِ

القول بجواز القسم لعلي بن زياد، والقول بعدمه لمالك وابن القاسم وأشهب، وعلله ابن كنانة بأن الموصي قد يريد اجتماعهما؛ فيريد أحدهما لأمانته، والآخر لرأيه.

وَعَلَى الْمَنْعِ يَضْمَنُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا هَلَكَ بِيَدِ صَاحِبِهِ

أي: إذا فرعنا على قول مالك بمنع القسم، وظاهر كلامه: أنه لا يضمن ما هلك بيده، وهو ظاهر قول ابن الماجشون على ما في النوادر وابن يونس؛ لأنهما حكيا عنه: إذا اقتسماه ضمناه، وإن هلك ما بيد أحدهما ضمنه صاحبه حين أسلمه إليه.

ونقل اللخمي عنه ضمان الجميع، فيضمن ما عنده؛ لاستبداده بالنظر فيه وما عند صاحبه؛ لأنه رفع يده عنه. وقال أشهب: لا يقتسمانه، فإن اقتسماه لم يضمنا.

وَلِلْوَصِيِّ عَزْلُ نَفْسِهِ فِي حَيَاةِ الْمُوصِي وَلَوْ بَعْدَ الْقَبُولِ عَلَى الأَصَحِّ

يعني: للوصي عزل نفسه في حياة الموصي بعد القبول على الأصح، وأما قبله فلا شك أن له ألا يقبل، والأصح ظاهر المدونة وصريح قول أشهب؛ لأنه لم يغره، وهو قادر على أن يستبدل غيره.

ومقابله لعبد الوهاب في المعونة قال: فإذا قبل الوصي الوصية ثم أراد تركها لم يجز له ذلك، إلا أن يعجز عنها، أو يظهر له عذر في الامتناع من المقام عليها.

ابن عبد السلام: وهو ظاهر قول غيره من العراقيين وبعض المغاربة؛ لأن ذلك كهبة بعض منافعه.

والمبالغة في قوله: (**وَلَوْ بَعْدَ الْقَبُولِ**) ليست بظاهرة؛ لأنه قَبْلَ القبول ليس بوصي.

وَلا رُجُوعَ لَهُ بَعْدَ الْمَوْتِ وَالْقَبُولِ عَلَى الأَصَحِّ

يعني: لا رجوع للوصي بعد الموت إذا قَبِلَ الوصية، وظاهره سواء قَبِلَهَا في حياة الموصي أو بعد موته. ونص في المدونة على الأول، وأشهب على الثاني. قال: وسواء قَبِلَ لفظاً، أو جاء منه ما يدل على ذلك من البيع والشراء لهم مما يصلحهم، والاقتضاء والقضاء عنهم أو غير ذلك.

ابن عبد السلام: وقال بعضهم: لا فرق بين قبوله بعد الموت أو قبله أن له الرجوع، وَأُخِذَ من تعليل أشهب لرجوعه في الحياة: بأنه لم يَغُرَّهُ، فألزمه اللخمي أن يكون له الرجوع إذا قَبِلَ بعد الموت؛ لكونه لم يَغُرَّهُ.

وَلَوْ أَبَى الْقَبُولَ بَعْدَ الْمَوْتِ فَلَيْسَ لَهُ الْقَبُولُ بَعْدُ

هكذا نص عليه أشهب وابن عبدوس، فإن رأى القاضي تقديمه صار كمقدم القاضي.

ثُمَّ الْوَصِيُّ يَقْتَضِي دُيُونَ الصَّبِيِّ، وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ بِالْمَعْرُوفِ، وَيُزَكِّي مَالَهُ وَيَدْفَعُهُ قِرَاضاً وَبِضَاعَةً ...

لأن الوصي وكيل على مصلحة اليتيم وحفظ ماله، فلذلك يقتضي ديونه، وينفق عليه بالمعروف، وفسره اللخمي بأن يكون على حسب المال في قلته وكثرته، فلا يضيق على من له المال الكثير فينفق عليه دون نفقة مثله، ولا يسرف.

ويوسع عليه في الأعياد حسب المعتاد، ويضحي عنه من ماله، إلا أن يكون قليل المال ويضر به ذلك.

وينفق على المولى عليه في ختانه، وفي عرسه. ولا حرج على من دعي فأكل. ولا يدعو اللاعبين. وهو ضامن لما أنفق في ذلك أو في غيره من الباطل.

ووسع ربيعة أن يشتري له اللعب، قال: لأن ذلك مما يشبه.

ويجوز أن يدفع إليه من النفقة ما يرى أنه ينفقه الشهر ونحوه، فإن خيف أن يتلفه قبل تمام الشهر، أو علم ذلك منه فنصف شهر أو جمعة على قدر ما يعلم منه، وإن كان يتلفه قبل ذلك فيوم بيوم.

(وَيُزَكِّي مَالَهُ) قال في المدونة: ويخرج عنه وعن ولده الفطرة، ويضحي عنه وهذا إذا أمن أن يتعقب بأمر من اختلاف الناس. وفيه إشارة إلى ما قاله غير واحد: أنه لا يزكي ماله حتى يرفع إلى السلطان.

كما قال مالك رحمه الله: إذا وجد في التركة خمراً لا يريقها إلا بعد الرفع له؛ لئلا يكون حنفياً يرى جواز التخليل، فيضمنه إن أراقها بغير إذنه، وكذلك الحنفي يرى سقوط الزكاة. قيل: وإنما هذا في البلاد التي يخشى فيها ولاية الحنفي، وأما البلاد التي لا يكون فيها أو قل ما يكون فيها فلا معنى للرفع.

ابن عبد السلام: وأيضاً فأبو حنيفة رحمه الله، إنما يخالف في بعض المحاجير؛ وهم: الصغار، وفي بعض المال؛ وهو: العين؛ أي: فلا يحتاج في غيرهما إلى الرفع.

(**وَيَدْفَعُهُ**) أيضاً (**قِرَاضاً وَبِضَاعَةً**) لأن ذلك من التنمية.

وَلا يَعْمَلُ فِيهِ هُوَ قِرَاضاً عِنْدَ أَشْهَبَ

لأنه كمؤاجر نفسه، وهو لا يجوز له ذلك كما لا يبيع له سلعة لنفسه.

بعض أصحابنا: فإن أخذه على جزء من الربح يشبه قراض مثله أُمْضِيَ كشرائه شيئاً لليتيم.

وَلا يَبِيعُ عَلَى الْكِبَارِ إِلا بِحَضْرَتِهِمْ

قد تقدم هذا.

وَلا يَقْسِمُ عَلَيْهِمْ إِذَا كَانُوا أَغْنِيَاءَ حَتَّى يَأْتِيَ السُّلْطَانُ خِلافاً لأَشْهَبَ

قال في المدونة: ولو غاب أحد الأكابر لم يجز قسم الوصي عليه، ولا يَقْسِمُ للغائب إلا الإمام، ويوكل بذلك، ويجعل ما صار له بيد أمين.

وقوله: (**وَلا يَقْسِمُ عَلَيْهِمْ**) أي: لتمييز حق الصغار، وأما قسمته عليهم فيما بينهم بانفرادهم فلا تجوز اتفاقاً.

وقوله: (**خِلافاً لأَشْهَبَ**) خلاف أشهب خاص بالطعام والعين إذا كان صنفاً واحداً على ما نقله اللخمي وغيره، وأما غير العين والطعام فلا يقسمه إن كان فيهم كبار غُيَّب إلا بوكالة منهم أو من الإمام، فإن فعل فهو إذا قدم مخير.

ابن عبد السلام: وظاهر كلام المصنف أنه لو كان الكبار حضوراً لما احتاج الوصي إلى الرفع إلى الحاكم، فإن أراد بذلك تمييز نصيب الصغار على الكبار فلا يبعد، وإن أراد مع ذلك تمييز نصيب الكبار فيما بقي فهو خلاف ما استحسنه في المدونة.

وَمَهْمَا نَازَعَهُ الصَّبِيُّ فِي قَدْرِ النَّفَقَةِ فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ؛ لأَنَّهُ أَمِينٌ

يعني: إن نازع الصبي الوصي في قدر النفقة فالقول قول الوصي، وعلله بأنه أمين. وهو مقيد بقيدين في المدونة قال فيها: وَيُصَدَّقُ في الإنفاق عليهم إذا كانوا في حجره، ولم يأتِ بسرف.

وظاهر ما في زكاة الفطر من المدونة أنه لا يشترط كونهم في حضانته، لكن الأكثر على اختيار هذا الشرط إلا ما استحسنه اللخمي من أن الأم إذا كانت فقيرة محتاجة ويظهر على الولد أثر النعمة والخير أن الوصي يصدق، وإن لم يكونوا في حِجْرِهِ.

ولعل المصنف ترك القيد الأول؛ لأنه فرض النزاع مع الصبي، ولو كان في غير حجره لكان نزاعه إنما هو مع مَنْ هو في حجره، وترك القيد الثاني للإحالة على القواعد؛ إذ كل من قبل قوله فإنما ذلك إذا ادعى ما يشبه، وإذا قلنا: القول قوله فلابد مِنْ حَلِفِهِ. نص عليه مالك وابن القاسم وغيرهما.

واختلف إذا أراد أن يحسب أقل ما يمكن ويسقط الزائد؛ فقال أبو عمران: لا يمين عليه. وقال عياض: لابد منها؛ إذ قد يمكن أقل منه.

بِخِلافِ مَا لَوْ نَازَعَهُ فِي تَارِيخِ مَوْتِ الأَبِ، أَوْ فِي دَفْعِ الْمَالِ إِلَيْهِ بَعْدَ الْبُلُوغِ وَالرُّشْدِ فَقَوْلُ الصَّبِيِ ...

أي: فإن القول للصبي، وهذا وإن كان يرجع إلى تكثير النفقة إلا أن الأمانة لم تتناول الزمان المتنازع فيه.

وقوله: **(أَوْ فِي دَفْعِ الْمَالِ)** أي: فيكون القول للصبي؛ لأنه قد ادعى الدفع لغير من ائتمنه، خلافاً لابن عبد الحكم. ومنشأ الخلاف هو قوله تعالى: ﴿ **فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ** ﴾ [النساء:٦] هل لئلا تغرموا، أو لئلا تحلفوا؟

وعلى المشهور إذا قلنا لا يقبل قول الوصي، فقال مالك في الموازية: إلا أن يطول زمان ذلك كالثلاثين سنة والعشرين -يقيمون معه، ولا يطلبونه، ولا يسألونه عن شيء، ثم يطلبونه، فإنما عليه اليمين.

ابن رشد: وهو ظاهر قسمة العتبية. ووجهه ظاهر؛ لأن العرف يكذبهم.

وقال ابن زرب: إذا قام بعد عشر سنين، أو ثمانٍ، لم يكن له قبله إلا اليمين.

ابن عبد السلام: ومال ابن رشد إلى القول الأول.

خليل: وينبغي أن ينظر إلى قرائن الأحوال، وذلك يختلف، والله سبحانه أعلم.

* * *

الْفَرَائِضُ

قوله: (**الْفَرَائِضُ**) هو جمع فريضة؛ وهي من قوله تعالى: ﴿ **فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ** ﴾ [البقرة: ٢٣٧] أي: قَدَّرْتُم وَأَوْجَبْتُم.

وعلم الفرائض علم شريف، وهو وإن كان جزءاً من علم الفقه، لكنه لامتزاج نَظَرِ الناظر فيه من الفقه والحساب صار كأنه عِلْمٌ مُسْتَقِلٌّ، فلذلك أفرد له العلماء التواليف، ولم يُخْلِ الفقهاء تواليفهم منه.

وروى الترمذي عنه عليه الصلاة والسلام قال: «**تعلموا الفرائض وعلموها الناس؛ فإني مقبوض**». وروى أبو داود عن عبد الله بن عمرو بن العاص: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «**العلم ثلاثة، وما سوى ذلك فهو فضل: آية محكمة، أو سنة ماضية، أو فريضة عادلة**». وروي من حديث أبي هريرة قال: «**تعلموا الفرائض، وعلموها الناس، فإنها نصف العلم، وإنها تنسى، وإنها أول ما يرفع**». ومعنى «تنسى» أي: تترك.

الْوَارِثُ مِنَ الرِّجَالِ عَشَرَةٌ: الابْنُ، وَابْنُ الابْنِ وَإِنْ سَفَلَ، وَالأَبُ، وَالْجَدُّ لِلأَبِ وَإِنْ عَلا، وَالأَخُ مُطْلَقاً، وَابْنُ الأخِ الشَّقِيقِ أَوْ لأَبٍ وَإِنْ سَفَلَ، وَالْعَمُّ لَهُمَا وَإِنْ عَلا، وَابْنُ الْعَمِّ لَهُمَا وَإِنْ سَفَلَ، وَالزَّوْجُ وَمَوْلَى النِّعْمَةِ ...

مِنْ الْفُرَّاضِ من لم يتعرض لِعَدِّ الوارث، وإنما يقول: الفروض ستة، ثم يقول: وأصحاب النصف كذا إلى آخره، ومنهم مَنْ يَعُدُّهُم كالمصنف. ثم إِنَّ أكثر هؤلاء يحصرهم في عشرة، وزاد بعضهم نوعاً حادي عشر فقال: ومولى النعمة، وكذلك ذَكَرَ في النساء. ومنهم من جعل الوارثين خمسة عشر، وهي كطريقة المصنف سواء؛ لأن قوله: (**مُطْلَقاً**) يشمل ثلاثة: الأخ الشقيق، والأخ للأب، والأخ للأم، وقوله: (**وَابْنُ الأخِ الشَّقِيقِ أَوْ لأَبٍ**) يدخل فيه اثنان، وكذلك: (**الْعَمُّ لَهُمَا**) وكذلك (**ابْنُ الْعَمِّ**).

وقوله: (**سَفَلَ**) بضم الفاء وفتحها، حكاهما صاحب المحكم وغيره.

النووي: والفتح أشهر.

واحترز بابن الأخ الشقيق أو للأب من ابن الأخ للأم، فإنه من ذوي الأرحام، وكذلك احترز بالعم لهما من العم للأم، فإنه أيضاً من ذوي الأرحام.

وَمِنَ النِّسَاءِ سَبْعٌ؛ الْبِنْتُ، وَبِنْتُ الابْنِ وَإِنْ سَفَلَتْ، وَالأُمُّ، وَالْجَدَّةُ وَإِنْ عَلَتْ - غَيْرَ أُمِّ جَدٍّ- وَالأُخْتُ مُطْلَقاً، وَالزَّوْجَةُ، وَمَوْلاةُ النِّعْمَةِ ...

هذا أيضاً على طريق الاختصار، وأما على طريق البسط فتعد النساء عشرة. والاختصار وقع في الجدة؛ لأنها تشمل الجدة للأم والجدة للأب، وفي الأخت؛ لأنها تشمل الشقيقة والأخت للأب والأخت للأم.

وَهُوَ: بِتَعْصِيبٍ، وَفَرْضٍ، وَوَلاءٍ

أي: والإرث، وقوله: (**بِتَعْصِيبٍ**) أي: بنسب، ولا يلزمه التداخل؛ لأن الميراث بالولاء أحد قسمي التعصيب، وكأنه قال: بِتَعْصِيْبِ نَسَبٍ وَتَعْصِيْبِ وَلاءٍ.

فَالتَّعْصِيبُ فِيمَنْ يَسْتَغْرِقُ الْمَالَ إِذَا انْفَرَدَ، وَالْبَاقِي عَنِ الْفُرُوضِ بِقَرَابَةٍ ، وَلا يَكُونُ إِلا فِي ذَكَرٍ يُدْلِي بِنَفْسِهِ أَوْ بِذَكَرٍ ...

عَرَّفَ التعصيب بمحله؛ وهو أنه يكون فيمن يأخذ المال إذا انفرد، والباقي عن ذوي الفروض. وبهذا يعلم أن حَدَّ العاصب هو: من يرث المال إذا انفرد، والباقي عن ذوي الفروض.

ابن راشد: احترز بقوله: (**بِقَرَابَةٍ**) من الولاء.

فإن قيل: فقد قالوا: إن الأخوات عصبة البنات، **قيل**: التحقيق أنهن لسن عصبة، وإنما هن كالعصبة بدليل أن الأخوات لا يَحُزْنَ جميع الميراث في حالة الانفراد، ولئن سُلِّم

أنهن عصبة فيجعل قوله: **(أَوْ بِذَكَرٍ)** معطوفاً على: **(فِي ذَكَرٍ)** أي: إلا في ذكر، أو بسبب ذكر، والأخوات بسبب ذكر، لكن يرد هذا أن المصنف قد ذكر أولاً أن العاصب من يحوز المال إذا انفرد، والأخت ليست كذلك.

وَالْفَرْضُ فِيمَنْ يَرِثُ بِالتَّقْدِيرِ

عَرَّفَ أيضاً الفرض بمحله، ومنه يعلم أن الفرض: التقدير.

والوارثون بالفرض ثلاثة أصناف:

- صنف لا يرث إلا بالفرض؛ وهو: الأم، والجدة، والزوج والزوجة، والواحد من ولد الأم.

- وصنف يرث بالفرض والتعصيب، وقد يَجْمَعُ بينهما؛ وهو: الأب، والجد يفرض له السدس مع الولد وولد الولد، ثم إن فضل شيء أخذه بالتعصيب.

- وصنف يرث تارة بالفرض وتارة بالتعصيب، ولا يجمع بينهما؛ وهو: البنات، وبنات الابن، والأخوات الشقائق أو لأب.

وَهُوَ النِّصْفُ، وَنِصْفُهُ، وَرُبُعُهُ، وَالثُّلُثَانِ، وَنِصْفُهُمَا، وَرُبُعُهُمَا

يعني: أن الفروض ستة: النصف، ونصفه؛ وهو الربع، ونصفه؛ وهو الثمن، والثلثان، ونصفهما؛ وهو الثلث، ونصفه؛ وهو السدس.

فالنصف لخمسة: للبنت، وبنت الابن، والأخت الشقيقة، والأخت للأب، والزوج مع عدم الولد وولد الابن.

والربع لاثنين: للزوج مع الولد أو ولد الابن، وللزوجة مع عدم الولد وولد الابن أيضاً.

والثمن لصنف واحد؛ وهو الزوجة، أو الزوجات مع الولد أو ولد الابن.

والثلثان لأربعة: وضابطه أنه: إذا تعدد من له النصف وأمكن تعدده فله الثلثان.

واحترزنا بقولنا: "وأمكن تعدده" من الزوج؛ فإنه لا يمكن شرعاً.

والثلث لثلاثة: للأم مع عدم الحاجب، وللاثنين فصاعداً من ولد الأم، وأحد فروض الجد.

والسدس لسبعة: للأب مع الولد أو ولد الابن، والأم كذلك، أو مع اثنين من الإخوة، والجد مع الولد أو ولد الابن، وللجدة، ولابنة الابن مع البنت، وللأخت للأب مع الشقيقة، ولواحد من الإخوة للأم- ذكراً كان أو أنثى- وأحد فروض الجد.

تنبيه:

زاد بعضهم في الفروض ثلث ما بقي، وذلك في ثلاث مسائل؛ وهي: زوج وأبوان، وزوجة وأبوان، وفي مسائل الجد مع الإخوة، إذا كان ثلث ما بقي أحظى له.

وَالْوَلاءُ فِيمَنْ يُدْلِي بِعِتْقٍ

أي: وتعصيب الولاء.

وقوله: (**فِيمَنْ يُدْلِي**) يشمل الرجل والمرأة، والمراد بمن يدلي: المعتق، لا معتق المعتق؛ لقوله بعد: (ثم معتق المعتق).

وَيَخْلُفُهُ أَولَى عِصَابَتِهِ يَوْمَ مَوْتِ الْعَتِيقِ، فَيُقَدَّرُ مَوْتُ الْمُعْتِقِ حِينَئِذٍ، فَمَنِ اسْتَحَقَّ مِيرَاثَهُ بِأَوْلَى عُصُوبَةٍ وَرِثَ عَتِيقَهُ ...

أي: ويخلف المعتق أولى عصباته يوم موت العتيق؛ فلذلك لو مات رجل وترك ولدين وولاء موالي، ثم مات أحدهما وترك ولداً، فأخذ ولد الولد مال أبيه، ثم مات أحد المعتقين، فأراد ابن الابن أن يأخذ نصف ولائه، وقال: كما أخذت مال أبي فكذلك آخذ نصف الولاء فإن عمه أولى؛ لأنه يقول: أنا وأبوك لم نعتق، وإنما أعتق أبونا، ولو مات أبونا الآن من كان يرثه، أنا أو أنت؟

ثُمَّ مُعْتِقُ الْمُعْتِقِ، ثُمَّ عَصَبَتُهُ، وَيُتَعَرَّفُ الأَقْرَبُ عِنْدَ تَعَدُّدِ مَنْ يُدْلِي بِالاشْتِرَاكِ فِي الأَبِ الأَدْنَى؛ فَلِذَلِكَ كَانَ الأَخُ وَابْنُ الأَخِ فِي بَابِ الْوَلاءِ أَوْلَى مِنَ الْجَدِّ، وَكَانَ ابْنُ الْعَمِّ مُطْلَقاً أَوْلَى مِنْ عَمِّ الأَبِ مُطْلَقاً ...

يعني: ثم من بعد المعتق وعصباته معتق المعتق وعصباته، فلذلك كان الأخ وابنه أولى من الجد؛ أي لأن الأخ وابنه يجتمعان مع الميت في أبيه، والجد إنما يجتمع معه في أب الجد، وكان ابن العم مطلقاً -أي: سواء كان شقيقاً أو لأب- أولى من عم الأب؛ لأن ابن العم يجتمع مع الميت في جده، وعم الأب إنما يجتمع مع الميت في جد الجد.

أَمَّا الابْنُ فَعَصَبَةٌ

لما انقضى كلام المصنف على أسباب التوارث ابتدأ بالكلام على الوارثين بطريق التفصيل.

وقوله: (**عَصَبَةٌ**) أي: يأخذ المال إذا انفرد، والباقي بعد ذوي الفروض، ولا إشكال في تعصيب الابن.

وإخباره عن الابن بالعصبة؛ إما بناءً على أن العصبة تطلق على المفرد، وإما على أن المراد بالابن الجنس.

الجوهري: وعصبة الرجل: بنوه وقرابته لأبيه، وإنما سموا عصبة؛ لأنهم عصبوا به؛ أي: أحاطوا به.

وَأَمَّا ابْنُ الابْنِ فَيَحْجُبُهُ الابْنُ، وَالأَقْرَبُ يَحْجِبُ الأَبْعَدَ، وَإِلا فَعَصَبَةٌ

أي: ابن الابن؛ واحداً كان أو جماعة فيحجبه الابن، والأقرب من ولد الابن يحجب الأبعد، فالابن يحجب ابن الابن، وهكذا.

وَأَمَّا الأَبِ فَالسُّدُسُ مَعَ الابْنِ وَابْنِهِ، وَمَعَ الْفَرْضِ الْمُسْتَغْرِقِ أَوِ الْعَائِلِ كَزَوْجٍ وَابْنَتَيْنِ وَأُمٍّ وَأَبٍ، وَإِلا فَمَا بَقِيَ ، وَقَدْ يَكُونُ بَعْضُهُ فَرْضاً ...

للأب ثلاث حالات: **الأولى**: أن يرث بالفرض فقط، **والثانية**: بالتعصيب فقط، **والثالثة**: أن يرث بهما:

أما الحالة الأولى: فإذا كان مع الابن، أو ابنه، أو الفرض المستغرق كابنتين وأبوين، أو العائل، ومثاله ما ذكره المصنف: زوج وابنتان وأم وأب، أصل الفريضة من اثني عشر؛ لحصول الربع والسدس: للزوج ثلاثة، ولكل واحد من البنتين أربعة، ولكل من الأب والأم سهمان؛ فتعول إلى خمسة عشر.

الحالة الثانية: أن يرث بالتعصيب فقط، وذلك إذا لم يكن في المسألة ولد؛ لا ذكر ولا أنثى، فإن انفرد أخذ جميع المال، وإلا أخذ الباقي بعد ذوي الفروض، وإليه أشار بقوله: **(وَإِلا فَمَا بَقِيَ)**.

والثالثة: وإليها أشار بقوله: **(وَقَدْ يَكُونُ بَعْضُهُ فَرْضاً)** وذلك مع البنت، أو بنت الابن، أو الاثنين من ذلك فصاعداً، فيفرض له أولاً السدس، ثم يأخذ الباقي بالتعصيب إن بقي شيء.

وَأَمَّا الْجَدُّ فَكَالأَبِ، وَيَحْجُبُهُ الأَبُ

أي: في الأحوال الثلاثة، ولا خلاف أن الأب يحجب الجد، ولا أن الأقرب من الأجداد يحجب من فوقه.

وَيَأْخُذُ مَعَ الإِخْوَةِ الذُّكُورِ أَوِالإِنَاثِ الأَشِقَّاء أَوْ لأَبٍ الأَفْضَلَ مِنَ الثُّلُثِ أَوِ الْمُقَاسَمَةِ، فَيُقَدَّرُ أَخاً ثُمَّ يَرْجِعُ الشَّقِيقُ أَوِ الشَّقِيقَةُ عَلَى غَيْرِهِمَا بِمَا كَانَ لَهُمَا لَهُ لَوْ لَمْ يَكُنْ جَدٌّ ...

هذا مما يفترق فيه الأب والجد، فإن الأب يُسْقِطُ الإخوة مطلقاً، والجد لا يُسْقِطُهُم، وله معهم حالتان: **الأولى**: ألايكون معهم ذو فرض، **والثانية**: أن يكون معهم ذو فرض.

فإن لم يكن معهم ذو فرض فللجد مع الإخوة والأخوات -سواء كانوا شقائق أو لأب، وسواء اجتمع الذكور والإناث، أو انفرد أحدهما- أَخْذُ الأفضل مِنْ ثلث جميع المال أو المقاسمة؛ فيقاسم أخاً واحداً أو أختين أو ثلاث أخوات.

وإن كان أخوان أو أربع أخوات، استوت المقاسمة والثلث، فإن زاد الإخوة على اثنين، أو الأخوات على أربع، لم ينقص من الثلث.

وقوله: (**فَيُقَدَّرُ أَخاً**) أي: في مقاسمة الإخوة.

وقوله: (**ثُمَّ يَرْجِعُ الشَّقِيقُ أَوِ الشَّقِيقَةُ**) يعني: إذا اجتمع مع الجد الأشقاء وللأب عَادَّ الأشقاء الجد بالإخوة للأب؛ ليمنعوه بذلك كثرة الميراث، فإذا أخذ الجد حصته رجع الأشقاء على الذين للأب بما كان لهم لو لم يكن جد، فإن كان شقيق أو أكثر، فلا شيء للأخوة للأب. وإن لم يكن في الأشقاء ذكر أخذت الواحدة النصف، والاثنتان الثلثين، ثم إذا فضل شيء فهو للإخوة للأب.

وما ذهب إليه مالك من المُعَادَّة هو قول زيد بن ثابت، قالوا: وانفرد بها من غير الصحابة، لكن تبعه غير واحد. ووجهها: أن من حجة الشقيق أن يقول للجد: (أنا لو لم أكن لم تَمْنَع أنت الأخ للأب، فأستحق أنا ما يستحقه؛ لأني أنا الذي منعته) ولأن الجد يحجبه الأخ للأب عن كثرة الميراث؛ فيحجبه وارثاً، وغير وارث كالأم والإخوة للأم.

وقوله: (**ثُمَّ يَرْجِعُ الشَّقِيقُ**) فيه استعارة؛ إذ ليس هنا دفع حتى يتعقبه استرجاع، وإنما هو تقدير؛ أي: على ما جعل للإخوة للأب يحوَّل للأشقاء.

فَلِذَلِكَ لَوْ كَانَتْ شَقِيقَةٌ، وَإِخْوَةٌ لأَبٍ، وَجَدٌّ؛ أَخَذَتِ الشَّقِيقَةُ النِّصْفَ

أي: فلأجل رجوع الشقيقة بما لها لو توفي وترك أختاً شقيقة وجداً وثلاثة إخوة لأب -لأن أقل الجمع ثلاثة- فللجد الثلث، وهو خير له من المقاسمة، وللشقيقة النصف، والباقي للإخوة للأب؛ فتصح من ثمانية عشر.

فَإِنْ كَانَ مَعَهُمْ ذُو سَهْمٍ فَلِلْجَدِّ الأَفْضَلُ مِنْ ثُلُثِ مَا بَقِيَ أَوْ الْمُقَاسَمَةِ أَوْ السُّدُسِ

هذه هي الحالة الثانية؛ أي: فإن كان مع الجد والإخوة ذو فرض، فإن له بعد أخذ صاحب الفرض فرضه -الأفضل من ثلاثة أشياء؛ ثلث ما بقي، أو المقاسمة فيكون كأحد الإخوة، أو السدس من رأس المال.

فإذا توفي وترك جدة، وجداً، وأختاً، أو أختين أو ثلاثاً أو أربعاً، أو أخاً، أو أخوين، أو أخاً مع أخت، أو أخاً مع أختين -كانت المقاسمة خيراً للجد.

وفي مسائل غير هذه؛ وهي: إذا خرج الربع، أو الربع مع السدس، فإن زاد الإخوة على أخوين، أو أربع أخوات -كان ثلث ما بقي خيراً له من المقاسمة، ومن السدس.

فإن كان مع الزوج، ومثله البنت، وقد زاد الإخوة على اثنين أو عِدلهما، وذلك أربع أخوات أو أخ وأختان-استوى ثلث ما بقي والسدس من رأس المال.

فإن كان الجد مع البنت والزوجة -قاسم أخاً وأختين.

فإن زاد عدد الإخوة -كان السدس خيراً.

أما لو ترك أماً وجداً وأختاً فأخذت الأم ثلثها لكانت المقاسمة خيراً للجد، فيكون له ثلثا ما بقي وللأخت ثلثه؛ فتصح المسألة من تسعة.

وتسمى هذه المسألة الخرقاء؛ لأنه اختلف فيها خمسة من الصحابة رضي الله عنهم، ولذلك تسمى الخمسة؛ وهم: أبو بكر وعثمان وعلي وابن مسعود وزيد بن ثابت وبيان مذاهبهم في المطولات، وذكرناها للتنبيه على المعمول به من الخلاف.

ثُمَّ يَتَرَاجَعُ الإِخْوَةُ

أي: الأشقاء على الإخوة للأب بعد معادتهم بهم كما تقدم.

إلا فِي مَسْأَلَةٍ تُسَمَّى الأَكْدَرِيَّةَ وَالْغَرَّاءَ؛ وَهِيَ: زَوْجٌ، وَأُمٌّ، وَجَدٌّ، وَأُخْتٌ شَقِيقَةٌ أَوْ لأَبٍ، فَيُفْرَضُ لِلأُخْتِ وَلَهُ، ثُمَّ يَرْجِعُ مَعَهَا إِلَى الْمُقَاسَمَةِ لِمَا لَزِمَ مِنْ نُقْصَانِهِ، أَوْ حِرْمَانِهَا مَعَ إِمْكَانِ الْفَرْضِ ...

هذا راجع إلى قوله: (فيقدر أخاً) أي: أنه يقدر أخاً، إلا في هذه المسألة، فإنه لا يقاسم الأخت، ولا يقدر أخاً، بل يفرض له ولها، ثم يرجع معها إلى المقاسمة.

واختلف في سبب تسميتها الأكدرية: **فقيل**: لتكدر أصل زيد فيها؛ لأن من أصله عدم الفرض للأخت مع الجد، وعدم العول لها معه. **وقيل**: لأن رجلاً فرضياً يقال له الأكدر. **ويقال**: إنه من بني الأكدر سأل عنها عبد الملك بن مروان وهو يومئذٍ خليفة، فأخطأ فيها، ثم استدرك خطأه وقال: إليك عني يا أكدر. **وقيل**: إن عبد الملك هو الذي سأله عنها. **وقيل**: لتكدر أقوال الصحابة، وكثرة أقوالهم فيها. **وقيل**: لأن امرأة من الأكدر ماتت وخلفتهم؛ فنسبت إليها.

وسماها مالك رحمه الله الغراء، واختلف في سبب تلك التسمية؛ فقيل: إنها من غرة الفرس؛ لأنها لا شبيه لها في مسائل الجد؛ فهي كغرة الفرس. **وقيل**: من الغرور؛ لأن الجد غَرَّ الأخت بسكوته عنها حتى فرض لها النصف، ثم عاد فقاسمها.

وهي من ستة: للزوج النصف، وللأم الثلث، وللجد السدس، ثم أعيل للأخت بالنصف فصارت من تسعة؛ لأنه لو لم يفرض لها لكانت إما أن تشارك الجد في السدس

فيلزم نقصه منه، وهو لا ينقص منه، أو لا تشاركه فيلزم حرمانها مع عدم الحاجب؛ فلذلك فرض لها، وهذا معنى قوله: (**لِمَا لَزِمَ مِنْ نُقْصَانِهِ، أَوْ حِرْمَانِهَا مَعَ إِمْكَانِ الْفَرْضِ**) أي: لو لم يفرض لها لزم أحد الأمرين، كل منهما لا يجوز.

ثم يقول الجد للأخت: (لا ينبغي لك أن تزيدي عَلَيَّ في الميراث؛ لأني معك كالأخ فردي ما بيدك وبيدي ليقسم بيننا للذكر مثل حظ الأنثيين) والذي بيده سهم، والذي بيدها ثلاثة، فأربعة لا تصح على ثلاثة، فنضرب ثلاثة -عدد الرءوس المنكسرة- في الفريضة بعولها؛ تكون سبعة وعشرين، فيأخذ الزوج ثلثها؛ وهو تسعة، ثم تأخذ الأم ثلث الباقي؛ وهو ستة، ثم تأخذ الأخت ثلث الباقي؛ وهو أربعة، ثم يأخذ الجد ما بقي؛ وهو ثمانية.

وربما ألفيت في المعايات، فيقال: أربعة ورثوا هالكاً، فأخذ أحدهم ثلث المال وانصرف، وأخذ الثاني ثلث ما بقي وانصرف، وأخذ الثالث ثلث ما بقي، وأخذ الرابع ما بقي.

فَلَوْ كَانَتْ مَعَ أَخٍ أَوْ أُخْتٍ أَوْ بِنْتٍ أَوْ مَعَ غَيْرِهِمْ فَلَيْسَتْ بِالأَكْدَرِيَّةِ

لأنها إن كانت مع أخ لا يمكن أن يفرض لها، وإن كانت مع أخت لا يلزم حرمانها؛ لأن الأم ترجع إلى السدس، وإن كانت مع ابنة تصير المسألة من اثني عشر؛ لأن للزوج حينئذٍ الربع وللأم السدس -وذلك خمسة- وللبنت النصف -وهو ستة- وللجد سهمان؛ فتعول إلى ثلاثة عشر، ولا يمكن أن يفرض للأخت مع البنت فتسقط.

واستشكل بعض الفرضيين ما قلناه، إذا كان الأخوات اثنتين فأكثر، ورأى أن قياس قولهم في الأكدرية يوجب أن يفرض لهن؛ لأن نص الكتاب العزيز يوجب الفرض إذا لم يكن للميت ولد.

وقوله: (**أَوْ مَعَ غَيْرِهِمْ**) أي: كما لو كانت مع زوجة بدل الزوج، والله أعلم.

فَلَوْ كَانَ مَوْضِعُهَا أَخٌ لأَبٍ وَمَعَهُ إِخْوَةٌ لأُمٍّ فَقِيلَ: لِلأَخِ السُّدُسُ، وَقِيلَ: يَسْقُطُ

أي: موضع الأخت، والمعروف من المذهب هو القول الثاني؛ ولهذا تسمى هذه الفريضة بالمالكية؛ قالوا: لأن مالكاً يوافق زيد بن ثابت في الفرائض إلا في هذه المسألة فإنه خالفه فيها فنسبت إليه، ووجه قول مالك رحمه الله تعالى أن الجد يقول للأخ للأب أو للإخوة للأب: أرأيت لو لم أكن معكم، أكان يكون لكم شيء؟ فيقولون: لا، فيقول: فليس حضوري بالذي يوجب لكم شيئاً لم يكن.

والقول الأول قول زيد رضي الله عنه، ووجهه أن للإخوة للأب أن يقولوا للجد: أنت لا تستحق شيئاً من الميراث إلا شاركناك فيه، فلا تحاسبنا بأنك لو لم تكن؛ لأنك كائن، ولو لزم ما قلته للزم في ابنتين وبنت ابن وابن ابن ألا ترث بنت الابن مع ابن الابن شيئاً. ولم يذهب إلى هذا إلا ابن مسعود رضي الله عنه.

وَأَمَّا الأَخُ الشَّقِيقُ فَيَحْجُبُهُ الابْنُ وَابْنُ الابْنِ وَإِنْ سَفَلَ وَالأَبُ، وَإِلا فَعَصَبَةٌ، إِلا فِي الْحِمَارِيَّةِ، وَتُسَمَّى الْمُشْتَرَكَةَ؛ وَهِيَ: زَوْجٌ، وَأُمٌّ أَوْ جُدَّةٌ، وَأَخَوَانِ فَصَاعِداً لأُمٍّ، وَأَخٌ شَقِيقٌ ذَكَرٌ وَحْدَهُ أَوْ مَعَ غَيْرِهِ فَيُشَارِكُونَ الإِخْوَةَ لِلأُمِّ الذَّكَرُ كَالأُنْثَى ...

لا خلاف أن الأخ الشقيق يحجبه الابن، وابنه، والأب، وإن لم يكن أحدهم فهو عصبة، إن لم يفضل له شيء فلا شيء له؛ لأن العاصب كذلك، إلا في الحمارية؛ وهي التي ذكر المصنف صورتها.

وسميت الحمارية؛ لأنها نزلت بعمر رضي الله عنه فقضي فيها بإسقاط الأشقاء، ثم نزلت به مرة أخرى، فأراد إسقاطهم أيضاً، فقال له الأخ الشقيق: هؤلاء استحقوا الثلث بأمهم، وأمهم هي أمنا، فهب أبانا كان حماراً أليس الأم تجمعنا؟! فقضى رضي الله عنه

بالاشتراك بينهم، فقيل له: يا أمير المؤمنين إنك قضيت فيها عَامَ أَوَّلٍ بخلاف هذا، فقال: تلك على ما قضينا وهذه على ما قضينا.

ولتشريكهم تسمى أيضاً المشتركة، وإنما شارك الأشقاء الإخوة للأم إذا كان في الإخوة الأشقاء ذكر، سواء كان معه إناث أو لم يكن. وإذا لم يكن فيهن ذكر لم تكن مشتركة وتصير من مسائل العول، فإن كانت الأخوات واحدة فقد عالت بنصفها، وإن كن أكثر أعيل لهن بالثلثين. قال ابن يونس: فتصح من عشرة، وتسمى البلخاء. ولو كان موضع الأشقاء إخوة لأب لسقطوا؛ لعدم احتجاجهم بمثل ما احتجت به الأشقاء، فإن كان فيها جد:

ابن عبد السلام: فلا نص عن مالك رحمه الله تعالى فيها، ومذهب زيد بن ثابت رضي الله تعالى عنه: أن للزوج النصف، وللأم أو الجدة السدس، وللإخوة الأشقاء كذلك.

واختلف أصحاب مالك فيها؛ فمنهم من قال بقول زيد وقال: إن للأشقاء قرابتين، فإذا حجب الجد بني الأم بقي للأشقاء سهمهم من قبل الأب؛ فيرثون مع الجد. ومنهم من جعل الثلث كله للجد، وحجتهم ما تقدم. انتهى.

الجعدي: وذكر أبو النجا الفارض عن مالك السقوط؛ لأن الجد يقول للإخوة للأب: أرأيتم لو لم أكن أنا، أكان يجب لكم شيء ترثونه بأبيكم؟ فيقولون: لا، فيقول: فليس حضوري بالذي يوجب لكم شيئاً لم يكن.

الجعدي: وتأول مسألة الموطأ على ذلك، وتأول ذلك غيره أيضاً، وهو قول مالك رحمه الله.

وقول المصنف: (**الذَّكَرُ كَالأُنْثَى**) لأنهم إنما ورثوا بأمهم.

وَأَمَّا الأَخُ لِلأَبِ فَيَحْجُبُهُ الشَّقِيقُ وَمَنْ حَجَبَهُ، وَالشَّقِيقَةُ الْعَصَبَةُ، وَإِلا فَعَصَبَةٌ

يعني: يحجب الأخ للأب الأخ الشقيق، والابن، وابنه، والأب، والشقيقة العصبة؛ كبنت، وأخت شقيقة، وأخ لأب، وإذا عدم الحاجب كان الأخ للأب عصبة.

وَأَمَّا الأَخُ لِلأُمِّ فَالسُّدُسُ ذَكَراً كَانَ أَوْ أُنْثَى، وَلِاثْنَيْنِ فَصَاعِداً الثُّلُثُ، وَيَحْجُبُهُمْ مَنْ حَجَبَ الشَّقِيقَ، وَالْبِنْتُ وَإِنْ سَفَلَتْ، وَالْجَدُّ ...

لا خلاف في ذلك، ولا يرث الإخوة للأم مع الأب والجد وإن علا، ولا مع الولد - ذكراً كان أو أنثى - ولا مع بنت الابن، وإلى ذلك أشار بقوله: (**وَإِنْ سَفَلَتْ**).

وهذا لقوله تعالى: ﴿ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا ٱلسُّدُسُ ۚ فَإِن كَانُوٓاْ أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَآءُ فِى ٱلثُّلُثِ ﴾ [النساء: ١٢].

والمراد: أخ أو أخت من الأم إجماعاً، وصرح بذلك في قراءة ابن مسعود رضي الله عنه. والكلالة: الفريضة التي لا ولد فيها ولا والد، قاله الأزهري وغيره.

وَأَمَّا ابْنُ الأَخِ فَيَحْجُبُهُ الأَخُ الْعَصَبَةُ مُطْلَقاً وَمَنْ حَجَبَهُ، وَالْجَدُّ، وَإِلا فَعَصَبَةٌ

(**مُطْلَقاً**) أي: شقيقاً أو لا، فاحترز بـ(العصبة) من الأخ للأم فإنه لا يحجبها، وإنما حجبه الجد لأنه كأخ. ويدخل في قوله: (الأخ ومن حجبه) الأخت الشقيقة. (**الْعَصَبَةُ**) يريد: وكذلك التي للأب؛ لأنها في عدمها بمنزلتها، والله أعلم.

وَالأَقْرَبُ يَحْجُبُ الأَبْعَدَ، فَإِنِ اسْتَوَوْا فَالشَّقِيقُ يَحْجُبُ غَيْرَ الشَّقِيقِ

هذا ضابط كلي في العصبات؛ وهو أن الأقرب يحجب الأبعد، فإن استووا في القرب وأحدهما يدلي بالشقاقة قدم، فلذلك قدم الأخ للأب على ابن الأخ الشقيق، والأخ الشقيق على الأخ للأب، وابن العم على عم الأب، والله أعلم.

وَالْبَاقِي كَمَا فِي الْوَلاءِ

هو ظاهر.

فَالْعَمُّ يَحْجُبُهُ ابْنُ الأَخِ وَمَنْ حَجَبَهُ، وَابْنُ الْعَمِّ يَحْجُبُهُ الْعَمُّ الأَدْنَى وَمَنْ حَجَبَهُ، وَعَمُّ الأَبِ يَحْجُبُهُ ابْنُ الْعَمِّ مُطْلَقاً وَمَنْ حَجَبَهُ ...

هذا مبني على الضابط المتقدم؛ لأن ابن الأخ أقرب من العم إذ هو يدلي بالبنوة، فإنه يجتمع مع الميت في أبيه، والعم إنما يجتمع معه في جده، وكلامه ظاهر.

وَلِلزَّوْجِ النِّصْفُ مَا لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ وَإِنْ سَفَلَ فَالرُّبُعُ

لقوله تعالى: ﴿ وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَٰجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ ۚ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمُ ٱلرُّبُعُ مِمَّا تَرَكْنَ ﴾ [النساء:١٢] ولا خلاف أن ولد الابن وإن سفل كالابن.

وَالْمَوْلَى الْمُعْتَقُ يَحْجُبُهُ عَصَبَةُ النَّسَبِ، وَإِلا فَمَا بَقِيَ

احترز بالمعتق من المولى الأسفل فإنه لا يرث، ثم بَيَّنَ أن عاصب النسب يحجب المولى الأعلى، وإن لم يكن عاصب من النسب فهو كعصبة.

وَلِلبِنْتِ النِّصْفُ، وَلِلاثْنَتَيْنِ فَصَاعِداً الثُّلُثَانِ مَا لَمْ يَكُنِ ابْنٌ فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ ...

لقوله تعالى: ﴿ يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ ۖ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ ۚ فَإِن كُنَّ نِسَآءً فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ ﴾ [النساء: ١١] وللابنتين الثلثان، وهو مذهب الجمهور.

وروي عن ابن عباس رضي الله عنه أن لهما النصف، وتمسك بمفهوم الشرط في قوله تعالى: ﴿ فَوْقَ ٱثْنَتَيْنِ ﴾.

بعض المحدثين: وهي رواية ضعيفة، والصحيح مثل قول الجمهور.

واحتج الجمهور بوجوه:

أولها: أن النبي صلى الله عليه وسلم وَرَّثَ البنت وبنت الابن الثلثين على ما رواه البخاري؛ فالبنتان أولى.

وثانيها: أن للبنت مع الابن الثلث؛ فيكون لها مع البنت.

ثالثها: أن مفهوم قوله تعالى: ﴿ **وَإِن كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا ٱلنِّصْفُ** ﴾ [النساء:١١] يعارضه.

ورابعها: أنه عليه الصلاة والسلام أعطى البنتين الثلثين. قال الترمذي: وهو حديث صحيح.

وَلِبِنْتِ الابْنِ النِّصْفُ، وَلِلاثْنَتَيْنِ فَصَاعِداً الثُّلُثَانِ

للإجماع على قيام ولد الابن مقام الولد.

مَا لَمْ تَكُنْ وَاحِدَةٌ فَوْقَهَا أَوْ فَوْقَهُمَا أَوْ فَوْقَهُنَّ - فَالسُّدُسُ

هذا شرط في استحقاق بنت الابن النصف وبنتي الابن الثلثين؛ أي: أن بنت الابن أو بنت ابن الابن إنما تأخذ النصف، والاثنتين فصاعداً إنما تأخذان الثلثين إذا لم تكن واحدة فوقها.

وعمم بقوله: (**وَاحِدَةٌ**) البنت وبنت الابن؛ لأن بنت الابن فوق بنت ابن الابن، (**أَوْ فَوْقَهُمَا**) إن كانت بنات الابن اثنتين، (**أَوْ فَوْقَهُنَّ**) إن كن ثلاثاً، فحينئذٍ إنما للسفلى - سواء كانت واحدة أو أكثر - السدس.

والأصل في هذا ما في البخاري عن هزيل - بالزاي - بن شرحبيل قال: سئل أبو موسى رضي الله عنه عن بنت وبنت ابن وأخت، فقال: للبنت النصف، وللأخت النصف، وائت ابن مسعود فسيتابعني، فَسُئِلَ ابن مسعود وَأُخْبِرَ بقول أبي موسى، فقال: لقد ضللت إذن وما أنا من المهتدين، أقضي فيها بما قضى النبي صلى الله عليه وسلم؛ للبنت النصف، ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين، وما بقي فللأخت. فأتينا أبا موسى فأخبرناه، فقال: لا تسألوني ما دام هذا الحبر فيكم.

وَيَحْجُبُهَا الابْنُ فَوْقَهَا، وَالْبِنْتَانِ فَوْقَهَا

قوله: (**وَالْبِنْتَانِ**) يريد: أو بنتي الابن فوقها، إلا أن يكون في درجتها أو أسفل منها ذكر فيعصبها، ويرث الباقي؛ للذكر مثل حظ الأنثيين. وإلى ذلك أشار بقوله:

فَإِنْ كَانَ ابْنٌ فِي دَرَجَتِهَا - مُطْلَقاً- أَوْ أَسْفَلَ مِنْهَا مَحْجُوبَةً لَوْلا هُوَ بِالْبِنْتَيْنِ فَوْقَهَا؛ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ مَعَهُ وَفَوْقَهُ ...

قوله: (**مُطْلَقاً**) أي: سواء كان أخاها أو ابن عمها، ويحتمل أن يريد بقوله: (**مُطْلَقاً**) أن ابن الابن إذا كان في درجتها فسواء حجبت بالبنتين أو لم تحجب؛ لأن فوقها بنتاً واحدة، فإنه يعصبها كما يعصب الابن البنات، والأخ والأخوات.

وقوله: (**أَوْ أَسْفَلَ**) يعني: أنه يعصبها سواء كان في درجتها أو أسفل منها.

وقوله: (**مَحْجُوبَةً**) حال من ضمير (**مِنْهَا**) يعني: أنه إنما يعصبها حالة كونها محجوبة عن الدخول في الثلثين، وإذا عصبها فللذكر مثل حظ الأنثيين سواء كان الذكر في درجتها أو أسفل منها.

ولا تكرار في كلام المصنف؛ لأنه ذكر قوله أولاً: (في درجتها أو أسفل) لأجل أنه يعصبها مطلقاً، وذكره ثانياً؛ لبيان قدر الإرث.

وَلِلأُمِّ الثُّلُثُ مَا لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ وَإِنْ سَفَلَ، أَوْ أَخَوَانِ، أَوْ أُخْتَانِ مُطْلَقاً -فَالسُّدُسُ

لقوله تعالى: ﴿ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ ﴾ [النساء: ١١].

وقوله: (**مَا لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ**) ظاهر، وقال المصنف رحمه الله: (**وَإِنْ سَفَلَ**) ليدخل ولد الابن. وكذلك يحجبها إلى السدس الأخوان، أو الأختان، يريد: أو الأخ والأخت، واستغنى عن ذلك بالأختين، وهذا مذهب الجمهور.

وأخذ عن ابن عباس رضي الله عنه بظاهر الآية الكريمة؛ أعني: قوله تعالى: ﴿ فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخۡوَةٞ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ ﴾ [النساء: ١١] فلم يحجبها الاثنين، وقد احتج رضي الله تعالى عنه على عثمان رضي الله عنه بأن الأخوين ليسا إخوة، فقال عثمان رضي الله عنه: حجبها قومك يا غلام.

وأراد بقوله: (**مُطْلَقاً**) سواء كانوا أشقاء أو لأب أو لأم أو مختلفين، حتى قال في العتبية في مجوسي تزوج ابنته فولد له منها ولدان، فأسلمت الأم والولدان، ثم مات أحد الولدين: أن للأم السدس؛ لأن الميت ترك أمه -وهي أخته- وترك أخاه؛ فتحجب الأم نفسها بنفسها من الثلث إلى السدس.

ووافق ابن عباس رضي الله عنهما في زوج وأم وأخ وأخت لأم: أن للزوج النصف، وللأم السدس، وَلِكُلٍّ من الأخ والأخت للأم السدس، ولو كان للأم الثلث لعالت المسألة. قيل: والإجماع على أن هذه الفريضة لا تعول.

وفي الاحتجاج عليه بهذه المسألة نظر؛ لاحتمال أن يقول ابن عباس بسقوط الأخوين للأم على أصله في العول إذا أدى الأمر إليه.

وَلَهَا فِي مَسْأَلَتَيْنِ ثُلُثُ مَا بَقِيَ بَعْدَ زَوْجٍ وَأَبَوَانِ، وَزَوْجَةٍ وَأَبَوَانِ

تسميان الغراوين لشهرتها، وهذا مذهب الجمهور. ورأى ابن عباس أن لها الثلث من رأس المال؛ لعموم قوله تعالى: ﴿ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ ﴾ [النساء: ١١].

وحملها الجمهور على ما إذا انفردا بميراثه، وإلا فإذا أعطيت في هاتين المسألتين الثلث يؤدي إلى مخالفة القواعد؛ لأنها إذا أعطيت في مسألة الزوج الثلث تكون قد أعطيت ضعفي الذكر، وليس لذلك نظير؛ أعني: أن ذكراً وأنثى يدليان بجهة واحدة، ولها مثلاً ما للذكر.

وَلِلْجَدَّةِ فَصَاعِداً السُّدُسُ

(أل) في (الجدة) للعهد، والمعهود ما قدمه أول الباب، حيث قال: (والجدة وإن علت غير أم جد).

واعترض عليه قوله: (**فَصَاعِداً**) لأن هذه اللفظة إنما تستعمل غالباً إذا كان الزائد غير مغيًّى بغاية، أو مغيًّى ولكن ما بين المبدأ وتلك الغاية يتجزأ، وليس هنا كذلك؛ لأنه لا يرث عند مالك رحمه الله إلا جدتان.

ولهذا اعترض على من ألف الفرائض على مذهب مالك وذكر عدداً كثيراً من الجدات. وإن كان قد أجيب عن ذلك بأن ذلك يتصور إذا كانت الأَمَةُ مشتركة بين رجال كثيرين ووطئها كل منهم في طهر واحد، وألحقت القَافَّة الولد بكل واحد منهم.

لكن هذا الجواب إنما يتأتى على قول شاذ؛ وهو أنه يصح الاشتراك في الولد، لا على المشهور، أنه لا يصح الاشتراك فيه، وأنه يصير إلى أن يكبر، فيوالي من شاء.

وأجيب عن قوله: (**فَصَاعِداً**) هنا بأنه لم يرد بقوله: (**فَصَاعِداً**) الجدتين: أم الأم وأم الأب فقط حتى يرد عليه السؤال، وإنما أراد: فصاعداً في أمهاتهما، وهو معنى قوله أول الباب: (وإن علت) وهذا لا يتغيَّى.

وكون الجدة لها السدس هو مذهب الجمهور، وذهب ابن عباس رضي الله عنهما إلى أن لها الثلث عند عدم الأم.

ودليل الجمهور ما رواه مالك وأبو داود، والسند له عن قبيصة بن ذؤيب قال: جاءت الجدة إلى أبي بكر الصديق رضي الله عنه تسأله عن ميراثها، فقال لها: ما لك في كتاب الله من شيء، ولا علمت لك في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئاً، فارجعي حتى أسأل الناس، فسأل الناس، فقال المغيرة بن شعبة: حضرت رسول الله

صلى الله عليه وسلم أعطاها السدس، فقال أبو بكر رضي الله عنه: هل معك غيرك؟ فقام محمد بن مسلمة فقال ما قال المغيرة، فأنفذه لها أبو بكر رضي الله عنه، ثم جاءت الجدة الأخرى إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه تسأله فقال: ما لك في كتاب الله شيء، وما كان القضاء الذي قضي به إلا لغيرك، وما أنا بزائد في الفرائض شيئاً، لكن هو ذلك السدس، فإن اجتمعتما فيه فهو بينكما، وأيتكما خلت به فهو لها.

عبدالحق: وهذا الحديث مشهور، إلا أنه غير متصل السماع.

وَتَحْجُبُهَا الأُمُّ مُطْلَقاً، وَيَحْجُبُ الأَبُ الْجَدَّةَ مِنْ جِهَتِهِ

قوله: (**مُطْلَقاً**) أي: سواء كانت الجدة للأب أو للأم، قريبة أو بعيدة، ويحجب الأب الجدة من جهته؛ لأن كل من توصل بشخص لا يرث معه، إلا الإخوة للأم.

وَتَحْجُبُ الْقُرْبَى مِنْ جِهَةِ الأُمِّ الْبُعْدَى مِنْ جِهَةِ الأَبِ

يعني: وأما إن كانتا متساويتين، أو كانت التي للأب أقرب، فلا حجب، والسدس بينهما. وإنما حجبت القربى من جهة الأم؛ لأنها التي ورد فيها النص، وهي التي وَرَّثَهَا أبو بكر رضي الله عنه، والجدة للأب إنما ألحقها عمر رضي الله عنه، فصارت الجدة للأم أولى بشيئين: لقربها، ولورود النص فيها.

وَالْقُرْبَى مِنْ كُلِّ جِهَةٍ تَحْجُبُ بُعْدَاهَا

هو ظاهر.

وَالأُخْتُ الشَّقِيقَةُ فَمَا فَوْقَهَا كَالْبِنْتِ فَمَا فَوْقَهَا مَا لَمْ تَكُنْ بِنْتٌ فَمَا فَوْقَهَا، وَإِنْ سَفَلَتْ فَعَصَبَةٌ، فَإِنْ كَانَ ذَكَرٌ مِثْلُهَا فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنْثَيَيْنِ ...

(**كَالْبِنْتِ**) أي: فللواحدة النصف، وللاثنتين فأكثر الثلثان، ما لم تكن بنت واحدة أو أكثر.

وبالغ بقوله: (**وَإِنْ سَفَلَتْ**) لتدخل بنت الابن وإن سفلت؛ فحينئذٍ لا يفرض لها، وإنما تكون عصبة تأخذ ما فضل.

وقوله: (**فَإِنْ كَانَ ذَكَرٌ**) إلى آخره؛ لقوله تعالى: ﴿ **وَإِن كَانُوٓاْ إِخْوَةً رِّجَالاً وَنِسَآءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ** ﴾ [النساء: ١٧٦].

وَيَحْجُبُهَا مَنْ حَجَبَ الشَّقِيقَ

أي: الابن وابنه والأب.

وَالأُخْتُ لِلأَبِ كَالشَّقِيقَةِ فِيمَا ذُكِرَ، مَا لَمْ تَكُنْ شَقِيقَةٌ غَيْرَ عَصَبَةٍ فَلَهَا وَلِمَا زَادَ عَلَيْهَا السُّدُسُ تَكْمِلَةُ الثُّلُثَيْنِ ...

أي: فللواحدة النصف، وللاثنتين فصاعداً الثلثان، وكذلك الأخت للأب فصاعداً عصبة البنات في عدم الشقيقة، فإن كان ذكر فللذكر مثل حظ الأنثيين.

قوله: (**مَا لَمْ تَكُنْ....**) إلخ. هو شرط في كون الأخت للأب كالشقيقة؛ أي: وإن كانت شقيقة واحدة غير عصبة فللأخت للأب فصاعداً السدس تكملة الثلثين كحكم بنت الابن مع البنت.

واعترض ابن عبد السلام عليه بأن في قوله: (فما زاد) عموم يتناول الذكر، فيكون للأخت للأب مع الأخ للأب السدس، وهذا لا يقوله أحد.

وأجيب بأن المتبادر للذهن في الزيادة أن تكون من جنس المزيد، فإن المراد بـ(**ما زَادَ**) أنثى فما فوقها، وأما إذا كان ذكراً فإنه يعصب الإناث، ويكون للذكر مثل حظ الأنثيين كما يعصب ابن الابن بنات الابن إذا كانوا مع بنت الصلب، إلا أن بنات الابن يعصبهن من في درجتهن ومن هو أسفل منهن، والأخت للأب لا يعصبها إلا من في درجتها، ولا يعصبها ابن أخيها؛ لأن ابن الأخ لا يعصب من في درجته، فلا يعصب من فوقه.

وَيَحْجُبُهَا أَيْضاً الشَّقِيقُ وَمَنْ حَجَبَهُ، وَالشَّقِيقَةُ الْعَصَبَةُ، وَالشَّقِيقَتَانِ مُطْلَقاً

أي: ويحجب الأخت للأب أيضاً الشقيق ومن حجبه، والشقيقة العصبة، كما لو خلف بنتاً فأكثر وأختاً شقيقة وأختاً لأب.

وقوله: (**وَالشَّقِيقَتَانِ مُطْلَقاً**) أي: سواء كانتا عصبة أم لا.

وَلِلزَّوْجَةِ الرُّبُعُ مَا لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ - وَإِنْ سَفَلَ- فَالثُّمُنُ

هكذا قال الله في كتابه العزيز.

وقوله: (**وَلَدٌ**) سواء كان منها أو من غيرها، وسواء كان ولد أو ولد ابن وإن سفل. ولا يحجبها ولد الزنى؛ لعدم لحاقه بالأب؛ نعم ولد الزنى يحجب الزوج من النصف إلى الربع للحاقه بأمه، والله تعالى أعلم.

وَالْمَوْلاةُ كَالْمَوْلَى إِلا أَنَّهَا لا تَرِثُ إِلا مَنْ بَاشَرَتْ عِتْقَهَا أَوْ جَرَّهُ وَلاؤُهُ أَوْ عِتْقُهُ

أي: والمولاة كالمولى؛ فترث من أعتقته كالمولى، وقد تقدم ما ذكره المصنف في باب الولاء.

وَإِذَا اجْتَمَعَ سَبَبَا فَرْضٍ مُقَدَّرٍ وَرِثَ بِأَقْوَاهُمَا اتَّفَقَ فِي الْمُسْلِمِينَ أَوْ فِي الْمَجُوسِ كَالأُمِّ، أَوِ الْبِنْتِ تَكُونُ أُخْتاً ...

أي: إذا اجتمع في شخص واحد قرابتان، يرث بكل منهما فرضاً.

وقوله: (**مُقَدَّرٍ**) تأكيد، وإلا فكل فرض مقدر.

(**وَرِثَ بِأَقْوَاهُمَا**) وهذا يتفق في المسلمين خَطَأً، وفي المجوس عمداً وخطأً.

مِثْلُ كون الأم أختاً: أن يتزوج المجوسي أو المسلم جهلاً منه بعين المتزوجة بنته، فتلد منه بنتاً، فهذه البنت أخت أمها لأبيها، وهي أيضاً بنت لها، فإذا ماتت الكبرى بعد موت

الرجل ورثتها الصغرى بأقوى السببين وهو البنوة؛ لأن البنوة لا تسقط، والأخوة قد تسقط. وأما ميراثها من هذا الرجل فليس من هذا الفصل، فهو أب لهما، فيرثان منه الثلثين، ولا أثر للزوجية؛ لأن النكاح مفسوخ، وسواء كان النكاح بين مسلمين، أو مجوسيين ثم أسلما.

وأما إذا ماتت الصغرى فالكبرى أم وأخت لأب، فترث بالأمومة على الوجه الذي ذكر في إرث البنوة.

ولو تزوج أُمَّهُ فولدت منه بنتاً، فإذا مات ورثت الأم السدس بالأمومة؛ لأنه توفي عن ابنة، وورثت البنت النصف بالبنوة، ولا ترث بالأخوة للأم؛ لأن البنوة لا تسقط، والأخوة للأم قد تسقط.

ولو تزوج أخته لأمه فولدت منه بنتاً وتوفي؛ فللبنت النصف، وللعاصب ما بقي، وليس للأخت للأم وهي الزوجة شيء؛ لأنها محجوبة بالبنت.

وَأَمَّا نَحْوُ ابْنِ الْعَمِّ يَكُونُ أَخاً لأُمٍّ فَلَيْسَ مِنْ ذَلِكَ

فصلها بـ(**أَمَّا**) لأنها ليست مما تقدم، وعنها احترز بقوله أولاً: (سببا فرض) يعني: وأما لو اجتمع في شخص واحد سببان أحدهما الفرض والآخر التعصيب فإنه يرث بهما كابن العم يكون أخاً لأم فيأخذ السدس بالأخوة، والباقي بالعصوبة، وكذلك إذا كان ابن العم زوجاً، فكذلك إذا كان المولى زوجاً.

ولا خلاف في هذا؛ أعني: أنه يأخذ فرضه والباقي بالتعصيب إذا لم يكن معه من يشاركه في التعصيب، فأما إن كان معه من يشاركه في التعصيب وفي منزلته كابني عم يكون أحدهما أخاً لأم فقال ابن القاسم: يرث الأخ للأم السدس، ويقسم مع ابن عمه ما بقي بالسواء.

وقال أشهب: يترجح الأخ للأم؛ لأنه زاد بولادة أم كالأخ الشقيق مع الأخ للأب.

وأجيب للأول بأن زيادة ولد الأم ليست في محل التعارض فلا توجب الترجيح، بخلاف مسألة الأخ الشقيق والأخ للأب ونحوهما.

وَإِذا لَمْ يَكُنْ وَارِثٌ فَبَيْتُ الْمَالِ عَلَى الْمَشْهُورِ، وَقِيلَ: لِذَوِي الأَرْحَامِ، وَعَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ يُتَصَدَّقُ بِهِ، إلا أَنْ يَكُونَ الْوَالِي كَعُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ

أي: وإن لم يكن وارث عاصب بنسب ولا ولاء فبيت المال وارث على المشهور، وهو عاصب؛ فيستغرق المال إن لم يكن غيره، ويرث الباقي بعد ذوي الفروض. والقولان المتأخران مقابلان للمشهور. والأول مقيد بما إذا لم يكن عدلاً.

قال في الجواهر: ولا يرث ذوو الأرحام، ولا يُرَدُّ على ذوي السهام.

قال الأستاذ أبو بكر: قال أصحابنا: هذا في زمان يكون الإمام عدلاً، فأما إن كان غير عدل فينبغي أن يُوَرَّثَ ذوو الأرحام، وأن يَرُدَّ ما فضل عن ذوي السهام عليهم.

وقال أيضاً: رأيت لابن القاسم في كتاب محمد قال: من مات ولا وارث له، قال: يتصدق بما ترك، إلا أن يكون الوالي يخرجه في جهته مثل عمر بن عبد العزيز فيدفع إليه. انتهى.

واشتراطه أن يكون الوالي كعمر بن عبد العزيز مستحيل في زماننا عادة.

وَمَالُ الْكِتَابِيِّ الْحُرِّ الْمُؤَدِّي لِلْجِزْيَةِ - لأَهْلِ دِينِهِ مِنْ كُورَتِهِ، وَعَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ: أَنَّهُ لِلْمُسْلِمِينَ ...

احترز بـ(**الْحُرِّ**) من العبد؛ فماله لسيده ولو كان السيد مسلماً.

واحترز بـ(**الْمُؤَدِّي لِلْجِزْيَةِ**) مِنْ الْمُصَالِحِ.

وقوله: (**لأَهْلِ دِينِهِ**) أي: إذا لم يكن له وارث حائز لجميع ماله.

قوله: (**مِنْ كَوْرَتِهِ**) لبيان الجنس؛ أي: يختص به أهل كورته.

ابن شعبان: فإن كان مُصَالحَاً فماله لمن جمعه وإياهم ذلك الصلح.

وقوله: (**وَعَنِ ابْنِ الْقَاسِمِ: أَنَّهُ لِلْمُسْلِمِينَ**) بهذا قال محمد بن مسلمة وغيره، والأول أيضاً لابن القاسم.

ونقل في البيان في باب العتق: والأول عن مالك في المبسوط والمخزومي، والثاني عن ابن حبيب.

ونقل ثالثاً بالفرق بين أن تكون الجزية مجملة عليهم؛ يريد: فكالقول الأول، أو على جماجمهم؛ يريد: فكقول ابن حبيب، قال: وهو قول ابن القاسم.

وَأُصُولُ مَسَائِلِ الْفَرَائِضِ سَبْعَةٌ: اثْنَانِ، وَضِعْفُهُ؛ وَهُوَ أَرْبَعَةٌ، وَضِعْفُهُمَا؛ وَهُوَ ثَمَانِيَةٌ، وَثَلاثَةٌ، وَضِعْفُهَا؛ وَهُوَ سِتَّةٌ، وَضِعْفُهَا؛ وَهُوَ اثْنَا عَشْرَةَ، وَضِعْفُهَا؛ وَهُوَ أَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ ...

(**أُصُولُ**): جمع أصل، وأصل المسألة هو العدد الذي يخرج منه سهامها.

و(أل) في (**الْفَرَائِضِ**) للعهد، وهي الستة المتقدمة، وكان ينبغي على هذا أن تكون الأصول خمسة؛ لأن الستة راجعة إلى خمسة؛ إذ مخرج الثلث والثلثين واحد، لكن قد يتركب فرض مع آخر لا يتحد مخرجهما فيحتاج إلى أن يقام لهما عدد يوجدان فيه، كما لو اجتمع الثلث والربع، أو السدس والربع -فيحتاج إلى اثني عشر؛ لأن الثلث من ثلاثة، والربع من أربعة، فلا يجتمع الجزءان إلا بضرب أحدهما في الآخر. وكذلك السدس والربع يتوافقان بالأنصاف، ولا يجتمعان إلا بضرب نصف أحدهما في كامل الآخر. وكذلك أيضاً قد يجتمع الثلث والثمن، أو السدس والثمن، فيحتاج إلى أربعة وعشرين.

وَمَا لَيْسَ فِيهَا فَرْضٌ فَأَصْلُهَا عَدَدُ عَصَبَتِهَا، وَيُضَعَّفُ الذُّكُورُ إِنْ كَانَ إِنَاثٌ يَرِثْنَ، وَمِنْهَا تَصِحُّ ...

يعني: أن الفريضة إن كان فيها فرض، فمخرجها من الأصول السبعة كما تقدم، وإن لم يكن فيها فرض بل كان الورثة كلهم عصبة ذكوراً كانوا أو إناثاً كما لو أعتق جماعةُ نسوة واحداً -فأصل المسألة من عدد الوارثين.

وإن كان في المسألة ذكوراً وإناثاً كبنين وبنات (**وَيُضَعَّفُ الذُّكُورُ**) أي: فَيُقَدَّرُ كل ذكر بابنتين؛ فتصح المسألة من عدد الإناث وضعف الذكور.

وَالْغَرَضُ أَنْ تَكُونَ السِّهَامُ صَحِيحَةً

أي: الغرض بوضع الأصول السبعة أن تكون سهام المسألة صحيحة.

فَالنِّصْفُ مِنِ اثْنَيْنِ وَالرُّبُعُ مِنْ أَرْبَعَةٍ والثُّمُنُ مِنْ ثَمَانِيَةٍ

أي: كل مسألة فيها نصف وما بقي كزوج وأخ، أو نصفان كزوج وأخت -فهي من اثنين.

قوله: (**وَالرُّبُعُ مِنْ أَرْبَعَةٍ**) أي: وكل مسألة فيها ربع وما بقي كزوج وابن، أو زوجة وأب، أو فيها ربع ونصف وما بقي كزوج وبنت وأخ فهي من أربعة، أو فيها ربع وثلث وما بقي كزوجة وأب وأم.

قوله: (**والثُّمُنُ مِنْ ثَمَانِيَةٍ**) أي: كل مسالة فيها ثمن وما بقي كزوجة وابن، أو ثمن ونصف كزوجة وبنت، أو ثمن ونصف وما بقي كزوجة وبنت وعاصب -فهي من ثمانية.

وَالثُّلُثُ مِنْ ثَلاثَةٍ

أي: وكل مسألة فيها ثلث وما بقي كأم وعم، أو ثلثان وما بقي كأختين وعاصب، أو ثلثان وثلث كأختين شقيقتين وأختين لأم -فهي من ثلاثة.

وَالسُّدُسُ مِنْ سِتَّةٍ

أي: وكل مسألة فيها سدس وما بقي كأم وابن، أو سدس ونصف وما بقي كأم وبنت وعم، أو سدس وثلث وما بقي كأم وولدي أم وعم، أو نصف وثلثان كزوج وأختين، أو نصف وثلث وما بقي كأم وزوج وعم -فهي من ستة.

وَالرُّبُعُ وَالثُّلُثُ أَوِ السُّدُسُ مِنِ اثْنَيْ عَشَرَ

يعني: أن الاثني عشر مَخْرَجُ فريضتين وهما: إما الربع مع الثلث، أو الربع مع السدس كزوجة وأم وأخ، أو زوج وأم وابن.

أو ربع وثلثان وما بقي كزوج وبنتين وعم.

أو ربع وثلث وسدس وما بقي كزوجة وأخوين لأم وأم وأخ.

أو ربع وثلثان وسدس كزوج وبنتين وأم.

أو ربع وثلثان وثلث وسدس كزوجة وأختين شقيقتين أو لأب وأخوين لأم وأم.

وَالثُّلُثُ أَوْ السُّدُسُ وَالثُّمُنُ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ

يعني: والأربعة والعشرون تكون إذا اجتمع الثمن والثلث، أو السدس والثمن.

إلا أن ما ذكره رحمه الله من اجتماع الثلث مع الثمن لا يصح؛ لأن الثمن لا يكون إلا للزوجة أو الزوجات عند وجود الولد، فإذا وجد الولد لا يكون ثلث؛ لأن الثلث إنما هو للإخوة للأم أو للأم. والإخوة للأم لا يرثون مع الولد، والأم إنما لها مع الولد السدس.

إلا أن يقال: إنما تكلم على اجتماعهما على طريق الفرض والتقدير، ولئن سُلِّمَ نفي فرضها في الفرائض فقد يجتمعان في الوصية.

وقد يريد بالثلث جنس الثلث، لا بقيد الوحدة؛ لأن الثلثين يجتمعان مع الثمن كزوجة وابنتين وأخ. ولا خفاء في اجتماع السدس مع الثمن كزوجة وأم وابن.

وَهِيَ عَائِلَةٌ وَغَيْرُ عَائِلَةٍ؛ فَالْعَائِلَةُ السِّتَّةُ وَأُخْتَاهَا، فَالسِّتَّةُ إِلَى سَبْعَةٍ وَثَمَانِيَةٍ وَتِسْعَةٍ وَعَشَرَةٍ ...

يعني: أن المسائل منها عائل وغير عائل.

والعول في الاصطلاح: زيادة سهام الورثة على سهام المسألة؛ فلذلك لا يتوصل وارث إلى حقه إلا بنقص يلحقه.

ابن يونس: وأول من نزل به العول عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال: لا أدري مَنْ قَدَّمَهُ الكتاب فأقدمه، ولا مَنْ أَخَّرَهُ فأؤخره، ولكن قد رأيت رأياً، فإن يكن صواباً فمن الله وإن يكن خطأً فمن عمر؛ وهو أن يدخل الضرر على جميعهم، وينقص كل واحد من سهمه. ويقال: إن الذي أشار عليه بذلك العباس رضي الله عنه، ولم يخالفه أحد من الصحابة إلا ابن عباس، لكنه لم يظهر الخلاف إلا بعد موته، وعلل ذلك بأن عمر رضي الله عنه كان رجلاً مهيباً، وقال: لو أن عمر نظر فيمن قَدَّمَهُ الكتاب فقدمه، ومن أخر فأخره، ما عالت مسألة، قيل له: وكيف يصنع؟! قال: ينظر أسوأ الورثة حالاً وأكثرهم تغيراً فيدخل عليه الضرر؛ يريد: فيسقط حظه أو من حظه ما زاد على المسألة.

ابن يونس: وهو على قوله البنات والأخوات.

والصواب ما ذهب إليه الجماعة كالمحاصة في الديون. انتهى.

ثم ذكر أن العائل: (**السِّتَّةُ وَأُخْتَاهَا**) أي: الاثنا عشر، والأربعة والعشرون، فالستة تعول إلى سبعة وثمانية وتسعة وعشرة، مثال عولها إلى سبعة: زوج وأختان، فينقص كل واحد سبع ماله.

ومثال عولها إلى ثمانية: زوج وأختان وأم، فينقص كل واحد ربع ما بيده.

ومثال عولها إلى تسعة: زوج وأختان شقيقتان أو لأب وأخت لأم وأم، فينقص كل واحد ثلث ما بيده.

ومثال عولها إلى عشرة: زوج وأختان شقيقتان أو لأب وأختان لأم وأم، فينقص كل واحد خمسا ماله. وتسمى هذه المسألة: أم الفروج؛ لكثرة السهام العائلة فيها، والشريحية؛ لوقوعها في زمن شريح وقضائه فيها.

ولا يمكن عولها إلى ثمانية أو تسعة أو عشرة إلا والميت امرأة.

وَالاثْنَا عَشَرَ إِلَى ثَلاثَةَ عَشَرَ وَخَمْسَةَ عَشَرَ وَسَبْعَةَ عَشَرَ

يعني: أن الاثنا عشر تعول بالإفراد فقط، ومثال عولها إلى ثلاثة عشر: زوجة وأم وأختان لأب. عالت بمثل نصف سدسها.

ومثال عولها إلى خمسة عشر: زوجة وأختان شقيقتان أو لأب وأختان لأم، عالت بمثل ربعها.

ومثال عولها إلى سبعة عشر: زوجة وأختان شقيقتان أو لأب وأختان لأم وأم أو جدة، عالت بمثل ربعها وسدسها.

ومنه مسألة أم الأرامل؛ وهي: ثلاث زوجات، وجدتان، وأربع أخوات لأم، وثماني أخوات شقائق أو لأب، فذلك سبع عشرة امرأة. فلذلك تلقى في المعاياة، فيقال: سبع عشرة امرأة ورثن سبعة عشر ديناراً، لكل واحدة ديناراً بفروض مختلفة.

وَالأَرْبَعَةُ وَالْعِشْرُونَ إِلَى سَبْعَةٍ وَعِشْرِينَ، وَهِيَ زَوْجَةٌ وَابْنَتَانِ وَأَبَوَانِ، وَتُسَمَّى الْمِنْبَرِيَّةَ؛ لِقَوْلِ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِيهَا عَلَى الْمِنْبَرِ: صَارَ ثُمُنُهَا تُسْعاً ...

لعله إنما مثلها لإفادة تسميتها، والفُرَّاض يعتنون بذلك، وعلل تسميتها بالمنبرية؛ لجواب عليٍّ فيها على المنبر بأن ثمنها صار تسعاً، ثم مضى في خطبته بلا توقف، ولهذا قال الشعبي: ما رأيت أحسب من عليٍّ رضي الله عنه.

وَإِذَا انكَسَرَتِ السِّهَامُ عَلَى صِنْفٍ فَوَفِّقْ بَيْنَهُمَا، ثُمَّ اضْرِبْ وَفْقَ الصِّنْفِ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ، وَعَوِلِهَا إِنْ كَانَتْ عَائِلَةً فَإِنْ لَمْ يَتَوَافَقَا فَاضْرِبْ عَدَدَهُمْ ...

لما قَدَّمَ الكلام على أصول مسائل الفرائض انتقل إلى بيان الكيفية بها.

ولا إشكال في المسألة إذا انقسمت على الورثة كزوج وثلاثة بنين، ولهذا لم يتعرض المصنف رحمه الله له.

وإن لم تنقسم فانظر بين السهام وعدد الرءوس؛ فإما أن يتوافقا، وإما أن يتباينا:

فإن توافقا فاضرب وفق الصنف؛ أي: الجزء الذي وافق به الصنف سهامه في أصل المسألة وعولها إن كانت عائلة، ولو ضربنا عدد رءوسهم في أصل المسألة لحصل المقصود، لكن المطلوب الاختصار؛ فلهذا كان إخراج المسألة من العدد الكثير مع إمكان إخراجها مع العدد اليسير ليس بجيد عند الفُرَّاض، وإن كان عبد الغافر ربما خالف في هذا، وفعله ابن الجلاب في كتاب الزكاة في تراجع الخلطاء.

وإن تباين السهام وعدد الرءوس فاضرب عدد رءوسهم في أصل المسألة، ثم تقول: من كان له شيء أخذه مضروباً فيما ضربت فيه المسألة:

مثال انكسارها على صنف والمسألة غير عائلة: أربع بنات وأخت، المسألة من ثلاثة؛ للبنات سهمان لا ينقسمان على أربعة -عدد رءوس البنات- لكنهما يتوافقان بالنصف،

فاضرب وفق الرءوس -وهو اثنان- في الفريضة؛وهي ثلاثة -تخرج لك ستة، ثم تقول: من كان له شيء من ثلاثة أخذه مضروباً في اثنين.

ومثال انكسارها وهي عائلة: أربع أخوات شقائق وأختان لأم وأم، المسألة من ستة وتعول إلى سبعة؛ فانكسرت على عدد الشقائق ووافقتها؛ فاضرب وفق رءوس الأخوات -وهو اثنان- في الفريضة بعولها تكون أربعة عشر، وتقول: من له شيء من سبعة أخذه مضروباً في اثنين.

ومثال انكسارها على صنف مع تباين الرءوس والسهام وهي غير عائلة: بنت وثلاث أخوات شقائق: المسألة من اثنين؛ للبنت النصف، والنصف الآخر للأخوات، مباين لهن، فتضرب ثلاثة في اثنين.

ومثال التباين وهي عائلة: زوج وثلاث أخوات شقائق أو لأب: أصلها من ستة وتعول إلى سبعة؛ للأخوات أربع منكسرة على ثلاثة مباينة، فتضرب ثلاثة في سبعة بإحدى وعشرين، ثم تقول: من له شيء من سبعة أخذه مضروباً في ثلاثة.

وَإِنِ انْكَسَرَتْ عَلَى صِنْفَيْنِ فَوَفِّقْ بَيْنَ كُلِّ صِنْفٍ وَبَيْنَ سِهَامِهِ فَقَدْ يَتَوَافَقَانِ، وَقَدْ يَتَبَايَنَانِ، وَقَدْ يُوَافِقُ أَحَدُهُمَا وَيُبَايِنُ الآخَرَ، ثُمَّ كُلُّ قِسْمٍ مِنَ الأَقْسَامِ الثَّلاثَةِ يَدْخُلُ صِنْفَيْهِ التَّمَاثُلُ وَالتَّدَاخُلُ، وَالتَّوَافُقُ وَالتَّبَايُنُ ...

لما قَدَّمَ الكلام على كيفية العمل إذا انكسرت السهام على صنف شرع فيما إذا انكسرت على صنفين، وضمير **(انْكَسَرَتْ)** عائد على السهام، وذكر رحمه الله أنه يُوَفَّقُ بين كل صنف وسهامه، ولذلك ثلاث حالات:

الأولى: أن يوافق كل صنف سهامه فيُرَدُّ عدد كل صنف إلى وفقه.

الثانية: أن يباين كل صنف سهامه.

الثالثة: أن يوافق أحدهما ويباين الآخر.

ثم ما حصل بعد الموافقة فيهما، أو المباينة فيهما، أو الموافقة في أحدهما والمباينة في الآخر يُنْظَرُ فيه نظراً ثانياً؛ إما أن يتماثل ما حصل من كل واحد من الصنفين، أو يدخل أحدهما في الآخر، أو يوافقه، أو يباينه.

فإذا ضربت ما يمكن إنتاجه بالنظر الأول في ما يمكن إنتاجه بالنظر الثاني كان الخارج اثنتي عشرة صورة، وسيذكر المصنف هذا.

فَالتَّدَاخُلُ أَنْ يُفْنِيَ أَحَدُهُمَا الآخَرَ أَوَّلاً

المراد بالإفناء: أن يخرج الأقل من الكثير مرتين أو ثلاثاً أو أكثر إلى ألا يبقى من الأكثر شيء؛ فيكون آخر ما يخرج من الأكثر مساوياً للباقي من الأكثر، مثاله الاثنان مع الأربعة أو الستة أو الثمانية، ولا يشترط ألا يكون الأقل أصغر من العشر بل يصح أن يكون نصف عشر كالاثنين معاً مع العشرين، وربما عرف بالتداخل بأن يكون الكثير كضعفي القليل، أو أضعافه، أو يكون القليل جزءاً من الكثير.

وَالتَّوَافُقُ أَنْ يُفْنِيَ أَحَدُهُمَا الآخَرَ غَيْرَ الأَوَّلِ

كالثمانية مع العشرة، فإنك بعد إسقاط الأربعة من العشرة مرتين لا تبقى أربعة حتى يسقط، بل تبقى منها اثنان تعود بهما على الثمانية فتفنيها في أربع مرات، فقد حصل الإفناء باثنين، ونسبة المفرد إليهما النصف، فتكون الموافقة بينهما بالنصف، وهكذا على عدد وقع به الإفناء، فإنك تنظر النسبة إلى العدد المفني فيكون جزء الموافقة، فإذا سئلنا عن التسعة والخمسة عشر أسقطنا التسعة منها فتبقى ستة لا يمكن إسقاط التسعة منها، فتعود على التسعة بستة تبقى ثلاثة، فتعود بها على الستة فتفنيها فتعلم أن الموافقة بين التسعة والخمسة عشر بنسبة واحد إلى ثلاثة، وهو الثلث.

ولا فرق في ما وقع به الإفناء بين أن يكون الواحد بالنسبة إليه جزءاً أصم، أو لا.

وإلى هذا أشار بقوله:

فَيُوَافِقُهُ بِنِسْبَةِ الْمُفْرَدِ إِلَى الْعَدَدِ الْمُفْنِي، وَتَكُونُ الْمُوَافَقَةُ بِجُزْءٍ مِنْ أَحَدَ عَشَرَ وَغَيْرِهِ حَسَبَ مَا يَقَعُ بِهِ الإِفْنَاءُ ...

أما لو وقع الإفناء ثانياً بمفرد، فإن ذلك تباين؛ كالأربعة مع الخمسة، والستة مع السبعة، والله أعلم.

فَإِنْ تَمَاثَلا ضَرَبْتَ أَحَدَهُمَا فِي الْمَسْأَلَةِ كَأُمٍّ وَأَرْبَعُ أَخَوَاتٍ لأُمٍّ وَسِتَّةِ أَخَوَاتٍ لأَبٍ

يعني: فإن تماثل الصنفان المنكسر عليهما سهامهما فتستغني بأحدهما عن الآخر، وتضربه في أصل المسألة، وتصير المسألة كأنها انكسرت على صنف واحد.

كالمسألة التي ذكرها المصنف، وهي من ستة؛ للأم السدس؛ سهم، وللأخوات للأم الثلث سهمان غير منقسمين عليهم، لكن يوافقان عددهم بالنصف، وللأخوات للأب ما بقي، وذلك ثلاثة أسهم غير منقسمة عليهم، لكن توافق عددهم بالثلث؛ فنصف الأخوات للأم اثنان، وثلث الإخوات للأب اثنان، فتستغني بأحدهما، وتضرب اثنين في أصل المسألة باثني عشر. من كان له شيء من ستة أخذه مضروباً في اثنين؛ للأم سهم في اثنين باثنين، وللأخوات للأم سهمان في اثنين بأربعة، لكل واحد منهم سهم، وللأخوات للأب ثلاثة في اثنين بستة، لكل واحد سهم.

وَإِنْ تَدَاخَلا ضَرَبْتَ الأَكْثَرَ فِي الْمَسْأَلَةِ كَأُمٍّ وَثَمَانِيَةِ إِخْوَةٍ لأُمٍّ وَسِتَّةٍ لأَبٍ

وهذا أيضاً من ستة؛ للأم سهم، وللثمانية للأم الثلث سهمان لا ينقسم عليهم، لكن يوافق عدتهم بالنصف وهو أربعة، وللإخوة للأب ثلاثة أسهم لا ينقسم عليهم، ولكن يوافق عدتهم بالثلث، وثلثهم اثنان، وهما داخلان في أربعة؛ فتستغني بالأكثر عن الأصغر، وتضرب المسألة في أربعة بأربعة وعشرين؛ للأم أربعة، وللإخوة للأم ثمانية، لكل واحد سهم، وللإخوة للأب اثنا عشر، لكل واحد سهمان.

فَإِنْ تَوَافَقَ ضَرَبْتَ وَفْقَ أَحَدِهِمَا فِي كَامِلِ الآخَرِ، ثُمَّ فِي الْمَسْأَلَةِ؛ كَأُمٍّ، وَثَمَانِيَةٍ لأُمٍّ، وَثَمَانِيَةَ عَشَرَ أَخاً لأَبٍ ...

هي أيضاً من ستة؛ فللإخوة للأم سهمان غير منقسمين عليهم، وهما موافقان لعدتهم بالنصف، وللإخوة للأب ما بقي ثلاثة، وهي لا تنقسم عليهم، وتوافق عدتهم بالثلث، وثلثهم ستة، وهي موافقة للأربعة وفق الإخوة للأم بالنصف؛ فتضرب وفق أحدهما في كامل الآخر -اثنان في ستة، أو ثلاثة في أربعة- باثني عشر، ثم تضرب الاثني عشر في ستة التي هي المسألة باثنين وسبعين. من كان له شيء من أصل المسألة أخذه مضروباً في اثني عشر.

وَإِنْ تَبَايَنَا ضَرَبْتَ كَامِلَ أَحَدِهِمَا فِي كَامِلِ الآخَرِ، ثُمَّ فِي الْمَسْأَلَةِ كَأُمٍّ وَأَرْبَعَةٍ لأُمٍّ وَسِتَّةِ أَخَوَاتٍ شَقَائِقَ ...

أصل المسألة من ستة، وتعول إلى سبعة؛ للأم سهم، وللإخوة للأم سهمان يوافقان عدد الإخوة بالنصف، وللأخوات الست أربعة، يتفق مع رءوسهن بالنصف. ووفق الإخوة للأم اثنان، ووفق الأخوات ثلاثة، والوفقان متباينان؛ فتضرب كامل أحدهما في كامل الآخر، فالخارج ستة تضربها في أصل المسألة بعولها، فتبلغ اثنين وأربعين. من له شيء من سبعة أخذه مضروباً في ستة.

وَبَقِيَةُ الاثْنَتَا عَشْرَةَ صُورَةً أَوْضَحَ

قد تقدم من كلامنا كيفية بلوغ هذه المسائل اثنتي عشرة صورة، ولما ذكر المصنف رحمه الله منها أربعة، قال: بقيتها أوضح؛ لقلة العمل وذلك لأن المصنف رحمه الله تكلم على ما إذا وافق كل صنف سهامه، والنظر فيه من وجهين: **الأول** النظر بين السهام والصنف، **والثاني** فيما بين الصنفين.

أما إذا باين كل صنف سهامه، فلا عمل إلا بين الصنفين، لا بين السهام والصنفين. وكذلك إذا وافقت السهام أحد الصنفين وباينت الآخر أسهل مما إذا وافق كل صنف سهامه.

وأما إذا باين كل صنف سهامه فأربع صور:

إن تباين الصنفان كثلاث زوجات وشقيقتين ضربت ثلاثة في اثنين بستة، ثم في أصلها بأربعة وعشرين، وتسمى مباينة المباينة.

وإن توافقا كتسع بنات وستة أشقاء ضربت وفق أحدهما في الآخر بستة، ثم في ثلاثة الأصل بثمانية عشر، فهذه موافقة المباينة.

وإن تداخلا كزوجتين وبنت وأربعة أشقاء، ضربت الأكثر -وهو أربعة- في ثمانية الأصل باثنين وثلاثين، فهذه مداخلة المباينة.

وإن تماثلا كزوجتين وشقيقتين، ضربت أحدهما في ثمانية الأصل بستة عشر، فهذه مماثلة المباينة.

وإن وافق أحد الصنفين سهامه وباين الآخر، فأربع صور أيضاً، وانظرها في الجواهر.

وَإِنِ انْكَسَرَتْ عَلَى ثَلاثَةِ أَصْنَافٍ فَاعْمَلْ فِيهَا كَالصِّنْفَيْنِ، فَإِنْ حَصَلَ تَمَاثُلٌ أَوْ تَدَاخُلٌ رَجَعْتَ إِلَى صِنْفٍ أَوْ صِنْفَيْنِ ...

يعني: فإن انكسرت الفريضة على ثلاثة أصناف -وهذا غاية ما تنكسر فيه الفرائض على المذهب- فاعمل فيها كالصنفين؛ بأن تنظر بين كل صنف وسهامه بالموافقة والمباينة، فما حصل بيدك من تلك الأصناف فانظر فيها بالوجوه الأربعة؛ وهي: المماثلة، والمداخلة، والموافقة، والمباينة، فإن تماثلت كلها رجعت إلى صنف واحد، وكذلك إن دخل اثنان في واحد. وإن تماثلا اثنان، أو دخل أحدهما في الآخر رجعت إلى صنفين.

وَإِلا فَالْكُوفِيُّونَ يَقِفُونَ عَدَداً ثُمَّ يَضْرِبُونَ وَفْقَ أَحَدِ الْبَاقِيَيْنِ فِي كَامِلِ الآخَرِ، ثُمَّ يُوَفِّقُونَ بَيْنَ مَا حَصَلَ وَبَيْنَ الْمَوْقُوفِ، ثُمَّ يَضْرِبُونَ الْوَفْقَ فِي الْكَامِلِ - مَا لَمْ يَكُنْ تَدَاخُلٌ فَيَسْقُطُ - ثُمَّ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ ...

قوله: (**وَإِلا**) أي: وإن توافقت الأعداد. وترك التباين لوضوحه؛ إذ حكمه ضرب أحدهما في الآخر، ثم ضرب الحاصل في الآخر، ثم في أصل المسألة؛ يعني: واختلف طرق الفرضيين في كيفية العمل حتى تصير الأعداد الثلاثة إلى عدد واحد. والخلاف راجع إلى كيفية العمل، وإلا فالجميع موصل إلى معنى واحد، وطريق الكوفيين أسهل، وطريق البصريين أكثر تعنتاً.

فالكوفيون - كما قال المصنف - ينظرون إلى عددين من الثلاثة -أَيَّ عددين كانا- فيضربون وفق أحدهما في كامل الآخر، فما خرج من الضرب وفقوا بينه وبين الثالث، إلا أن يكون بين الحاصل والثالث تداخل فيسقط القليل، ثم ما حصل مع الضرب أو التداخل ضربوه في أصل المسألة.

وَالْبَصْرِيُّونَ يُوقِفُونَ عَدَداً وَيُوَفِّقُونَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ كُلٍّ مِنَ الْعَدَدَيْنِ، فَإِنْ كَانَ تَدَاخُلٌ سَقَطَ، ثُمَّ يُوَفِّقُونَ بَيْنَ وَفْقِهِ، ثُمَّ يَضْرِبُونَ الْوَفْقَ فِي الْوَفْقِ، ثُمَّ فِي كَامِلِ الْمَوْقُوفِ، ثُمَّ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ ...

الأحسن عند البصريين وقف العدد الأكبر، ويصح وقف كل منها، فإذا وقف عدد يوفقون بينه وبين كل واحد من العددين، وينظرون فيما بين وفقي كل واحد من هذين العددين؛ فقد يكون بينهما تداخل، أو تماثل، أو تباين، أو توافق، فيفعلون كما تقدم في الصنفين، فما حصل من ذلك ضربوه في الموقوف، ثم في أصل المسألة، وسيتضح لك هذا بالمثال إن شاء الله تعالى.

مِثْلَ إِحْدَى وَعِشْرِينَ بِنْتاً وَثَمَانٍ وَعِشْرِينَ أُخْتاً وَثَلاثِينَ جَدَّةً، فَعَلَى طَرِيقَةِ الْكُوفِيِّينَ إِنْ وَقَفْتَ الإِحْدَى وَالْعِشْرِينَ سَقَطَ؛ لِدُخُولِهَا فِي أَرْبَعِمِائَةٍ وَعِشْرِينَ، وَإِنْ وَقَفْتَ الثَّمَانِيَةَ وَالْعِشْرِينَ كَانَ الْحَاصِلُ مِنَ الْبَاقِيَيْنِ مِئَاتَيْنِ وَعَشَرَةً فَتُوَافِقُ الْمَوْقُوفَ بِجُزْءٍ مِنْ أَرْبَعَةَ عَشَرَ، وَهُوَ اثْنَانِ فَتَكُونُ أَرْبَعَمِائَةٍ وَعِشْرِينَ، وَإِنْ وَقَفْتَ الثَّلاثِينَ فَوَاضِحٌ ...

أصل المسألة من ستة؛ للبنات أربعة مباينة لعددهن، وللجدات سهم مباين أيضاً، وللأخوات أيضاً سهم مباين، فيحتاج إلى أن ينظر في الموافقة فيما بينها.

فإن وقفت الإحدى والعشرين نظرت فيما بين الثمانية والعشرين، والثلاثين فتجدهما متفقين بالنصف؛ فتضرب نصف أحدهما في كامل الآخر، فيخرج لك أربعمائة وعشرون، فتسقط الإحدى والعشرين لدخولها في أربعمائة وعشرين؛ لأنها نصف عشر.

وإن وقفت الثمانية والعشرين نظرت فيما بين الإحدى والعشرين، والثلاثين فتجدهما متفقين بالثلث؛ فتضرب ثلث أحدهما في كامل الآخر، يكون الخارج مائتين وعشرة، ثم تنظر ما بين هذا الخارج وبين الثمانية والعشرين فتجدهما متفقين بنصف السبع، وهو معنى قوله: (**بِجُزْءٍ مِنْ أَرْبَعَةَ عَشَرَ**) فوفق الثمانية والعشرين اثنان، فتضربهما في المائتين والعشرة، يكون الخارج أربعمائة وعشرين.

قوله: (**وَإِنْ وَقَفْتَ الثَّلاثِينَ فَوَاضِحٌ**) يعني: أنك تنظر بين الإحدى والعشرين والثمانية والعشرين فتجدهما متفقين بالسبع؛ فتضرب سبع الثمانية والعشرين -وهو أربعة- في الإحدى والعشرين يكون الخارج أربعة وثمانين، فتنظر فيما بينها وبين الثلاثين فتجدهما متفقين بالسدس، فتضرب الأربعة والثمانين في خمسة -سدس الثلاثين- يكون الحاصل أربعمائة وعشرين. وإنما كان هذا واضحاً؛ لأنه أتى بعد عمل الوجهين المتقدمين.

وَعَلَى طَرِيقَةِ الْبَصْرِيِّينَ إِنْ وَقَفْتَ الإِحْدَى وَعِشْرِينَ وَافَقَتْهَا الثَّمَانِيَةَ وَالْعِشْرُونَ بِالأَسْبَاعِ - وَهُوَ أَرْبَعَةٌ- وَوَافَقَتْهَا الثَّلاثُونَ بِالأَثْلاثِ - وَهُوَ عَشَرَةٌ- فَتَضْرِبُهُمَا فَتَكُونُ أَرْبَعَمِائَةٍ وَعِشْرِينَ ...

قوله: (**وَهُوَ أَرْبَعَةٌ**) راجع إلى سبع الثمانية والعشرين، وهو وفقها.

وكذلك الضمير في قوله: (**وَهُوَ عَشَرَةٌ**) يرجع إلى وفق الثلاثين، ولاشك أن هذين الوفقين يتفقان بالنصف؛ فتضرب نصف أحدهما في كامل الآخر، فيكون الخارج عشرين تضربها في الإحدى والعشرين تحصل أربعمائة وعشرون.

وقوله: (**فَتَضْرِبُهُمَا**) راجع إلى ما يخرج من ضرب أحد الوفقين في الآخر.

فَإِنْ وَقَفْتَ الثَّمَانِيَةَ وَالْعِشْرِينَ وَافَقَتْهَا الثَّلاثُونَ بِالأَنْصَافِ - وَهُوَ خَمْسَةَ عَشَرَ- وَوَافَقَتْهَا الإِحْدَى وَالْعِشْرُونَ بِالأَسْبَاعِ - وَهُوَ ثَلاثَةٌ- فَتَسْقُطُ الثَّلاثَةُ لِدُخُولِهَا؛ فَتَضْرِبُ خَمْسَةَ عَشَرَ فِي ثَمَانِيَةٍ وَعِشْرِينَ بِأَرْبَعِمِائَةٍ وَعِشْرِينَ ...

تصوره واضح.

وَإِنْ وَقَفْتَ الثَّلاثِينَ وَافَقَتْهَا الثَّمَانِيَةُ وَالْعِشْرُونَ بِالأَنْصَافِ - وَهُوَ أَرْبَعَةَ عَشَرَ - وَوَافَقَتْهَا الإِحْدَى وَالْعِشْرُونَ بِالأَثْلاثِ - وَهُوَ سَبْعَةٌ - فَتَسْقُطُ السَّبْعَةُ لِدُخُولِهَا؛ فَتَضْرِبُ أَرْبَعَةَ عَشَرَ فِي ثَلاثِينَ بِأَرْبَعِمِائَةٍ وَعِشْرِينَ، وَهُوَ جُزْءُ السَّهْمِ ...

هو أيضاً ظاهر، ومراده بـ(**جُزْءِ السَّهْمِ**) السهم الذي تضرب فيه الفريضة، وأصلها من ستة، فتضرب ستة في أربعمائة وعشرين بألفين وخمسمائة وعشرين. فتقول: من كان له شيء من أصل المسألة أخذه مضروباً في أربعمائة وعشرين.

تنبيه:

تبع المصنف غيره في كثرة الجدات، وقد قدمنا ما فيه.

مِثْلُ سَبْعٍ وَعِشْرِينَ بِنْتاً، وَسِتٍّ وَثَلاثِينَ جَدَّةً، وَخَمْسٍ وَأَرْبَعِينَ أُخْتاً

سقطت واو العطف من قوله: (**مِثْلُ**) والأحسن أن يعرب بدلاً مما قبله، لا على حذف حرف العطف كما قاله ابن راشد رحمه الله تعالى؛ لقلة حذف الحرف.

ولم يستوفِ المصنف العمل في هذا المثال؛ اكتفاء بالعمل في المسألة السابقة، لا سيما والمسألة أيضاً من ستة، والاتفاق بين الأعداد الثلاثة بالتسع.

فعلى طريقة الكوفيين إذا وفقت بين السبع والعشرين، والست والثلاثين وجدتهما يتفقان بالأتساع؛ فتضرب تسع أحدهما في كامل الآخر تبلغ مائة وثمانية، فتوفق بينها وبين الخمسة والأربعين، فتجدهما متفقين بالأتساع، فتضرب تسع أحدهما في كامل الآخر يبلغ خمسمائة وأربعين، وهو جزء السهم، ثم في أصل المسألة تحصل ثلاثة آلاف ومائتان وأربعون، ولا يخفى عليك بقية العمل.

وَالأَرْبَعَةُ كَذَلِكَ إِلا أَنَّكَ تُوقِفُ عَدَدَيْنِ، ثُمَّ تُوَفِّقُ كَمَا تَقَدَّمَ، وَلا زِيَادَةَ إِلا وَالزَّائِدُ يَصِحُّ ...

يعني: وإن انكسرت الفريضة على أربعة أصناف فإنك توفق بين عددين.

ابن عبد السلام: وانكسارها على أربعة أصناف لا يتصور إلا على غير مذهب مالك، ولم يختر أحد من الشيوخ مذهب المخالف؛ فلذلك ترك المصنف بيان العمل، وكذلك نفعل نحن.

خليل: إن أراد رحمه الله أنها لا تنكسر على أربعة أصناف بشرط أن تكون الأعداد متوافقة فقريب، وإن أراد أنها لا تنكسر على أربعة أصناف مطلقاً فليس بظاهر. ومثاله: زوجتان وجدتان وخمس لأم وسبع شقائق أو لأب؛ أصلها من اثني عشر، وتعول إلى سبعة عشر.

قوله: (**وَلا زِيَادَةَ**) أي: ولا تمكن زيادة الأحياز المنكسر عليها على أربعة، إلا والزائد على أربعة يصح. وحاصله أنه لا يمكن انكسارها على خمسة أحياز فأكثر.

الْمُنَاسَخَاتُ، وَمَعْنَاهَا: أَنْ يَمُوتَ أَحَدُ الْوَرَثَةِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ

أي: جنس المناسخات؛ لأن هذه اللفظة يستعملونها في الفريضة التي فيها ميتان فأكثر. ألا ترى إلى قوله: (**وَمَعْنَاهَا: أَنْ يَمُوتَ أَحَدُ الْوَرَثَةِ**).

فَقَصَدَ الْفَرَضِيُّونَ تَصْحِيحَ مَسْأَلَةِ الأَوَّلِ مِنْ عَدَدٍ تَصِحُّ مِنْهُ مَسْأَلَةُ مَنْ بَعْدَهُ

يعني: أنهم قصدوا تصحيح مسألة الميت الأول من عدد تصح منه فريضة مَنْ بعده من ثانٍ وثالث وأكثر؛ حتى تكون كأنها مسألة واحدة، ووقع فيها انكسار؛ تقليلاً للعمل.

فَانْظُرْ أَوَّلاً فَإِنْ كَانَ الْوَرَثَةُ ثَانِياً - بَقِيَّةُ الأَوَّلِينَ- عَلَى ذَلِكَ الْوَجْهِ فَقَدِّرِ الْمَيِّتَ الثَّانِيَ عَدَماً، كَثَلاثَةِ بَنِينَ مَاتَ أَحَدُهُمْ ...

قدم هذا النوع من المناسخات لقرب عمله.

وقوله: (**عَلَى ذَلِكَ الْوَجْهِ**) أي: ورثوا الثاني على وجه ما ورثوا به الأول.

وقوله: (**كَثَلاثَةِ بَنِينَ**) ظاهر التصور.

وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ مَعَهُمْ وَارِثٌ مِنَ الأَوَّلِ خَاصَّةً كَزَوْجٍ مَعَهُمْ لَيْسَ بِأَبِيهِمْ

هذا الوجه مشارك للذي قبله؛ لأنه إذا أخذ هذا الوارث الذي يختص بالمشاركة في الميت نصيبه كان الباقي لبقية الورثة على الوجه الأول، كما لو ماتت امرأة عن ثلاثة بنين وزوج فمات أحد البنين فإنه يعد كالعدم؛ لأن الزوج يأخذ الربع كما كان يأخذه لو كان الثالث حياً.

وَإِلا فَصَحِّحِ الأَوَّلَ ثُمَّ الثَّانِيَةَ، فَإِنِ انْقَسَمَ نَصِيبُ الثَّانِي عَلَى وَرَثَتِهِ صَحَّتَا مَعاً كَابْنٍ وَبِنْتٍ مَاتَ وَتَرَكَ أُخْتَهُ وَعَاصِباً ...

يعني: وإن لم يكن شيء من الوجهين فصحح المسألة الأولى ثم الثانية؛ فإن كان ما حصل للميت الثاني من المسألة الأولى منقسماً على فريضته فقد تم العمل، وصحت الفريضتان، كمن توفي وترك ابناً وبنتاً، ثم توفي الابن وترك أختاً وعاصباً فإن المسألة الأولى من ثلاثة؛ للابن سهمان مات عنهما، وهما منقسمان على فريضته.

وَإِنْ لَمْ يَنْقَسِمْ نَصِيبُهُ وَفَّقْتَ بَيْنَ نَصِيبِهِ وَمَا صَحَّتْ مِنْهُ مَسْأَلَتُهُ، وَضَرَبْتَ وَفْقَهُ - لا وَفْقَ نَصِيبِهِ- فِيمَا صَحَّتْ مِنْهُ الأُولَى كَابْنَيْنِ وَابْنَتَيْنِ مَاتَ أَحَدُ الابْنَيْنِ وَتَرَكَ امْرَأَةً وَبِنْتاً وَثَلاثَةَ بَنِي ابْنٍ فَمَنْ لَهُ شَيْءٌ مِنَ الأُولَى يَأْخُذُهُ مَضْرُوباً فِي وَفْقِ الثَّانِيَةِ، وَمَنْ لَهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّانِيَةِ يَأْخُذُهُ مَضْرُوباً فِي وَفْقِ سِهَامِ الْمَيِّتِ الثَّانِي...

يعني: وإن لم ينقسم نصيب الميت الثاني على فريضته؛ فإما أن توافق سهامه من الفريضة الأولى ما صحت منه المسألة الثانية، وإما أن تباينه.

ومراده بالموافقة هنا: ما يذكرونه في موافقة السهام للصنف الذي انكسرت عليه؛ لأن الفريضة الثانية كصنف انكسرت عليه سهامه، وذلك أعم من الموافقة المذكورة فيما بين الصنفين، ولذلك تصدق الموافقة هنا على المداخلة فيما بين الصنفين فإذا كانت بين سهام الميت الثاني وفريضته موافقة أَخَذْتَ وفق الفريضة الثانية وضربته في الفريضة الأولى، ومن الخارج تصح.

فقوله: (**وَضَرَبْتَ وَفْقَهُ**) أي: وفق الذي صحت منه مسألته (**لا وَفْقَ نَصِيبِهِ**) فيما صحت منه الأولى.

مثاله المسألة التي ذكرها المصنف: رجل توفي وترك ابنين وابنتين، المسألة من ستة، لِكُلِّ ذَكَرٍ سهمان، ثم مات أحد الابنين وترك امرأة وابنة وثلاثة بني ابن، ففريضته من ثمانية، ومنها تصح؛ للزوج سهم، وللابنة أربعة، ولكل ابن ابن سهم، وسهام الميت الثاني اثنان يوافقان فريضته بالنصف، ووفقها أربعة تضربها في الفريضة الأولى بأربعة وعشرين، ومنها تصح، فمن له شيء من الأولى أخذه مضروباً في أربعة وفق الثانية، ومن له شيء من الثانية أخذه مضروباً في وفق سهام الميت الثاني، وهو واحد؛ لأن نصف السهمين اللذين له واحد.

فَإِنْ لَمْ يَتَوَافَقَا ضَرَبْتَ مَا صَحَّتْ مِنْهُ مَسْأَلَتُهُ فِيمَا صَحَّتْ مِنْهُ الأُولَى، كَابْنَيْنِ وَابْنَتَيْنِ مَاتَ أَحَدُ الابْنَيْنِ وَتَرَكَ ابْناً وَبِنْتاً ...

يعني: وإن لم يوافق سهام الميت الثاني فريضته، ضربت جميع سهام الفريضة الثانية في الأولى، مثاله ما ذكره المصنف، فالفريضة الأولى من ستة؛ لكل ابن سهمان، وفريضته من ثلاثة، فتضرب ثلاثة في ستة بثمانية عشر، ومنها تصح، فمن له من الأولى شيء أخذه مضروباً في الثانية؛ وهو ثلاثة، ومن له شيء من الثانية أخذه مضروباً في سهام الميت الثاني؛ وهو اثنان.

تنبيه:

وهذا كله إنما هو إذا كانت التركة عقاراً، أو عرضاً مقوماً. وأما إن كانت عيناً أو عرضاً مثلياً فلا عمل، ويقسم ما حصل للميت الثاني على فريضته.

وَكَذَلِكَ ثَالِثٌ وَرَابِعٌ وَخَامِسٌ

يعني: وأكثر من ذلك، والأمثلة كثيرة في المطولات.

وَفِي قِسْمَةِ التَّرِكَةِ عَلَى السِّهَامِ طُرُقٌ أَقْرَبُهَا أَنْ تَنْظُرَ نِسْبَةَ سِهَامِ كُلِّ وَارِثٍ مِنَ الْمَسْأَلَةِ ثُمَّ تَأْخُذَ نِسْبَتَهَا مِنَ التَّرِكَةِ ...

قيد القسمة على السهام؛ لأن القسمة قد تكون على الأجزاء كإعطاء الربع لصاحب الربع والنصف لصاحبه.

وذكر المصنف أن أقرب الطرق أن تنظر سهام كل وارث، ثم تأخذ تلك النسبة من التركة، وإنما تكون الأقرب إذا قلت سهام الفريضة، وأما إذا كثرت فهي أصعب الطرق؛ لأنها مبنية على النسبة التي هي قسمة القليل على الكثير.

وأسهل الطرق أن تقسم عدد التركة إن كانت مثلياً أو قيمتها إن كانت مقومة على العدد الذي صحت منه الفريضة، فتعلم نسبة ما يخرج لكل سهم، ثم تضرب هذا الخارج فيما بيد كل وارث.

كَزَوْجٍ وَأُمٍّ وَأُخْتٍ لأَبٍ، مِنْ ثَمَانِيَةٍ؛ لِلزَّوْجِ ثَلاثَةٌ، وَالتَّرِكَةُ عِشْرُونَ، فَنِسْبَةُ الثَّلاثَةِ مِنَ الثَّمَانِيَةِ رُبُعٌ وَثُمُنٌ، فَتَأْخُذُ رُبُعَ وَثُمُنَ الْعِشْرِينَ وَهُوَ سَبْعَةٌ وَنِصْفٌ ..

أصل المسألة من ستة وعالت لثمانية، وكلامه ظاهر التصور، والأخت كالزوج.

فَإِنْ كَانَ مَعَ التَّرِكَةِ عَرَضٌ فَأَخَذَهُ وَارِثٌ بِحِصَّتِهِ - فَاجْعَلِ الْمَسْأَلَةَ سِهَامَ غَيْرِ الآخِذِ، ثُمَّ اجْعَلْ لِسِهَامِهِ مِنْ تِلْكَ النِّسْبَةِ، فَمَا حَصَلَ فَهُوَ ثَمَنُ الْعَرْضِ، فَإِذَا أَخَذَ الزَّوْجُ الْعَرْضَ بِحِصَّتِهِ فَاجْعَلِ الْمَسْأَلَةَ خَمْسَةَ أَسْهُمٍ لِكُلِّ سَهْمٍ أَرْبَعَةٌ ثُمَّ اجْعَلْ لِلزَّوْجِ أَرْبَعَةً فِي ثَلاثَةٍ تَكُونُ اثْنَيْ عَشَرَ، وَهُوَ ثُمُنُهُ؛ فَتَكُونُ التَّرِكَةُ اثْنَيْنِ وَثَلاثِينَ ...

يعني: فإن كان في التركة عرض وتسامح بلفظة(**مَعَ**).

ومراده بـ(**ثَمَنِ الْعَرْضِ**) ما أنفق عليه الورثة، لا ما يساويه في السوق، وكلامه ظاهر.

فَإِنْ زَادَ مَعَ الْعَرْضِ خَمْسَةٌ فَزِدْهَا عَلَى الْعِشْرِينَ، ثُمَّ اقْسِمْهَا كَذَلِكَ؛ فَيَكُونُ لِكُلِّ سَهْمٍ خَمْسَةٌ، ثُمَّ اجْعَلْ لِلزَّوْجِ خَمْسَةً فِي ثَلاثَةٍ، ثُمَّ زِدْ عَلَيْهَا خَمْسَةً؛ فَتَكُونُ عِشْرِينَ، فَيَكُونُ ثُمُنَ الْعَرْضِ ...

قوله: (**اقْسِمْهَا**) أي: الخمسة الزائدة، والعشرين كذلك؛ أي: على خمسة، وهو ظاهر.

فَإِذَا أَخَذَ الزَّوْجُ مَعَ الْعَرْضِ خَمْسَةً فَأَنْقِصْهَا، ثُمَّ اقْسِمْ كَذَلِكَ؛ فَتَكُونَ لَكَ سَهْمُ ثَلاثَةٍ، ثُمَّ اجْعَلْ لِلزَّوْجِ ثَلاثَةً فِي ثَلاثَةٍ بِتِسْعَةٍ، وَهُوَ نَصِيبُهُ، ثُمَّ انْقُصْ مِنْهَا خَمْسَةً تَبْقَى أَرْبَعَةٌ، وَهُوَ ثَمَنُ الْعَرْضِ ...

يعني: فإن أخذ الزوج من التركة مع العروض خمسة، بقيت خمسة عشر، تنقسم على خمسة؛ لكل سهم ثلاثة، وكلامه ظاهر.

وَإِذَا أَقَرَّ وَارِثٌ بِوَارِثٍ وَأَنْكَرَهُ آخَرُ وَلَمْ يَثْبُتْ لَمْ يُعْطَ الْمُقَرُّ بِهِ إِلا مَا أَوْجَبَهُ الإِقْرَارُ مِنَ النَّقْصِ عَلَى حِصَّتِهِ ...

يعني: أن الوارث إذا كان أكثر من واحد، فأقر بعض الورثة بواحد، ولم يثبت ما أقر به؛ لعدم العدالة، أو لعدم بلوغ النصاب -لم يُعْطَ المقر به إلا من الْمُقِرِّ، على ما أوجبه الإقرار.

وَطَرِيقُهُ أَنْ تُعْمَلَ فَرِيضَةَ الإِنْكَارِ وَفَرِيضَةَ الإِقْرَارِ ثُمَّ تَنْظُرَ مَا بَيْنَهُمَا مِنَ التَّمَاثُلِ وَالتَّدَاخُلِ وَالتَّوَافُقِ وَالتَّبَايُنِ، ثُمَّ اقْسِمْ عَلَى الإِنْكَارِ، فَمَا زَادَ عَلَى فَرِيضَةِ الإِقْرَارِ فَهُوَ لِلْمُقَرِّ بِهِ ...

ضمير (**طَرِيقُهُ**) عائد على العمل، فتعمل فريضة الإنكار وفريضة الإقرار؛ فإن تماثلت الفريضتان أجزأتك واحدة، وإن دخلت إحداهما في الأخرى أجزأتك الأخرى. وإن اتفقتا ضربت الوفق في الوفق. وإن تباينتا ضربت الكامل في الكامل. ثم مثل المصنف للأقسام فقال:

التَّمَاثُلُ أُمٌّ وَأُخْتٌ لأَبٍ وَعَمٌّ، أَقَرَّتِ الأُخْتُ بِأُخْتٍ شَقِيقَةٍ

الإنكار من ستة؛ للأم الثلث، وللأخت النصف، والباقي للعم. وكذلك فريضة الإقرار؛ للأم سهم، وللأخت الشقيقة ثلاثة، وللأخت للأب سهم، وللعم سهم، فينقص نصيب المقر على الإنكار بسبب الإقرار سهمان، فتدفعهما للشقيقة.

التَّدَاخُلُ: أُخْتَانِ شَقِيقَتَانِ وَعَاصِبٌ، أَقَرَّتْ إِحْدَاهُمَا بِأُخْتٍ شَقِيقَةٍ فَتَسْتَغْنِي بِالتِّسْعَةِ ...

لأن فريضة الإنكار من ثلاثة، وتصح منها. وفريضة الإقرار من ثلاثة، وتصح من تسعة؛ لانكسارها على الأخوات، والثلاثة داخلة في التسعة؛ لأنها ثلثها، فتستغني بها، وتقسم على الإنكار يكون لكل أخت ثلاثة، وعلى الإقرار لكل أخت سهمان، فتدفع المقرة سهماً للمقر بها.

التَّوَافُقُ: ابْنٌ وَابْنَتَانِ، أَقَرَّ الابْنُ بِابْنٍ آخَرَ - فَتَضْرِبُ اثْنَيْنِ فِي سِتَّةٍ

لأن الإنكار من أربعة والإقرار من ستة؛ فيتوافقان بالأنصاف، فتضرب نصف أحدهما في الآخر باثني عشر، ثم تقسم على الإنكار؛ فللابن ستة، ولكل بنت ثلاثة، وعلى الإقرار؛ للابن أربعة، فيدفع السهمين للمقر به.

التَّبَايُنُ: أُخْتَانِ شَقِيقَتَانِ وَعَاصِبٌ، أَقَرَّتْ إِحْدَاهُمَا بِأَخٍ شَقِيقٍ؛ فَتَضْرِبُ ثَلاثَةً فِي أَرْبَعَةٍ؛ لِلْمُقِرَّةِ فِي الإِنْكَارِ أَرْبَعَةٌ، وَفِي الإِقْرَارِ ثَلاثَةٌ فَالزَّائِدُ سَهْمٌ لِلْمُقَرِّ بِهِ

لأن فريضة الإنكار من ثلاثة، ومنها تصح. وفريضة الإقرار من أربعة وهما متباينان، فتضرب إحداهما في الأخرى باثني عشر، وتقسم على الإنكار؛ لكل أخت أربعة. وعلى الإقرار للمقرة ثلاثة، فتدفع السهم للمقر به.

وَكَذَلِكَ لَوْ تَعَدَّدَ الْمُقِرُّ أَوِ الْمُقَرُّ بِهِ أَوِ الْقَبِيلانِ كَابْنٍ وَبِنْتٍ أَقَرَّ الابْنُ بِبِنْتٍ وَأَقَرَّتِ الْبِنْتُ بِابْنٍ فَالإِنْكَارِ مِنْ ثَلاثَةٍ، وَإِقْرَارُ الابْنِ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَإِقْرَارُ الْبِنْتِ مِنْ خَمْسَةٍ تُضْرَبُ أَرْبَعَةٌ فِي خَمْسَةٍ بِعِشْرِينَ، ثُمَّ فِي ثَلاثَةٍ بِسِتِّينَ؛ فَيَرُدُّ الابْنُ عَشَرَةً لِلْمُقَرَّةِ بِهَا، وَالْبِنْتُ ثَمَانِيَةً لِلْمُقَرِّ بِهِ ...

تصوره ظاهر؛ لأنا إذا قسمنا الستين على الإنكار، يكون للابن أربعون، ولها عشرون، ثم على إقرار الابن يكون له ثلاثون، فيعطي عشرة للمقر بها، ثم على إقرارها يكون لها اثنا عشر، فتعطي ثمانية للمقر به.

وَسُئِلَ أَصْبَغُ عَنْ أَخَوَيْنِ وَامْرَأَةٍ حَامِلٍ، أَقَرَّتْ هِيَ وَأَحَدُهُمَا أَنَّهَا وَلَدَتِ ابْناً حَيّاً - فَقَالَ: مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ. الإِنْكَارُ يَصِحُّ مِنْ ثَمَانِيَةٍ، وَالإِقْرَارُ مِنْ ثَمَانِيَةٍ فَتَسْتَغْنِي بِأَحَدِهِمَا وَفَرِيضَةُ الابْنِ عَلَى الإِقْرَارِ مِنْ ثَلاثَةٍ فَتَضْرِبُهَا فِي ثَمَانِيَةٍ؛ لِلْمُنْكِرِ تِسْعَةٌ، وَلِلْمُقِرِّ فِي الإِنْكَارِ تِسْعَةٌ، وَفِي الإِقْرَارِ سَبْعَةٌ؛ فَيَرُدُّ اثْنَيْنِ، وَلِلأُمِّ ثَمَانِيَةٌ ...

لأن فريضة الإنكار تصح من ثمانية، وأصلها من أربعة؛ للزوجة الربع وللأخوين ما بقي، وهو لا ينقسم عليهما؛ فتضرب اثنين في أربعة، وفريضة الإقرار من ثمانية، ومنها تصح.

ثم توفي الابن وترك أمه وعميه؛ للأم الثلث، وللعمين ما بقي، المسألة من ثلاثة، وسهام الميت لا تنقسم عليها ولا توافقها؛ فتضرب ثلاثة في ثمانية بأربعة وعشرين، فتقسمها على الإنكار؛ للزوجة ستة، ولكل من الأخوين تسعة، وعلى الإقرار؛ للزوجة من الأولى ثلاثة، ولا شيء للأخوين، وللابن أحد وعشرون توفي عنها؛ للأم سبعة، ولكل عم سبعة، فقد نقص المقر من الأخوين سهمان، فيدفعهما للأم مع الستة الواجبة لها في الإنكار.

وَإِذَا أَوْصَى بِجُزْءٍ شَائِعٍ كَنِصْفٍ أوثُلُثٍ أَوْ جُزْءٍ مِنْ أَحْدَ عَشَرَ - فَصَحِّحْ الْمِيرَاثِ ثُمَّ خُذْ عَدَدَ مَخْرَجِ الْوَصِيَّةِ وَأَخْرِجِ الْوَصِيَّةَ، فَإِنْ كَانَ مَا بَقِيَ مُنْقَسِماً وَإِلا فَوَفِّقْ بَيْنَ مَا بَقِيَ وَبَيْنَ مَا صَحَّ مِنْهُ، ثُمَّ اضْرِبِ الْوَفْقَ فِي مَخْرَجِ الْوَصِيَّةِ كَابْنَيْنِ وَأَوْصِي بِالثُّلُثِ؛ فَيَصِحُّ فِي الْمِيرَاثِ مِنِ اثْنَيْنِ، وَمَخْرَجُ الْوَصِيَّةِ مِنْ ثَلاثَةٍ فَتَسْتَغْنِي ...

احترز بالشائع مما لو أوصى بمعين؛ فإنه لا عمل حينئذٍ، وقال: (**أَوْ جُزْءٍ مِنْ أَحْدَ عَشَرَ**) لينبه على أنه لا فرق بين الأجزاء الصم وغيرها، فَتُعْمِل الفريضة ثم تنظر مقام جزء الوصية؛ الثلث من ثلاثة، والربع من أربعة كذلك فتخرج الوصية. وانظر ما بقي؛ فإن انقسم على المسألة فقد خرجت الفريضة والوصية من مخرج الوصية كالمثال الذي ذكره المصنف. وإن لم تنقسم بقية الأجزاء على المسألة كانت كسهام انكسرت على صنف فإن وافقتها ضربت وفق المسألة في مخرج الوصية، وإن لم توافقها ضربت المسألة في مخرج الوصية ومن الخارج تصح، ثم تقول: من كان له شيء من الوصية أخذه مضروباً في وفقها إن وافقت وفي كاملها إن لم توافق، ومن له شيء من الفريضة أخذه مضروباً في وفق السهام إن وافقت، وفي كاملها إن لم توافق.

فَإِنْ كَانُوا أَرْبَعَةً ضَرَبْتَ اثْنَيْنِ فِي ثَلاثَةٍ

هذا مثال لقوله: (وإلا فَوَفِّقْ) أي: إذا أوصى بالثلث وخلف أربعة فمخرج الوصية من ثلاثة؛ للموصى له سهم، والباقي سهمان لا ينقسمان على الورثة، لكن يتوافقان بالنصف، فتضرب وفق المسألة؛ وهو اثنان، في مخرج الوصية بستة، ومن له شيء من الوصية أخذه مضروباً في وفق المسألة، ومن له شيء من الفريضة أخذه مضروباً في وفقها.

فَإِنْ أَوْصَى بِسُدُسٍ وَسُبُعٍ فَاضْرِبْ سِتَّةً فِي سَبْعَةٍ بِاثْنَيْنِ وَأَرْبَعِينَ؛ فَالْبَاقِي تِسْعَةٌ وَعِشْرُونَ لا تَصِحُّ عَلَى أَرْبَعَةٍ، وَلا تُوَافِقُ؛ فَتَضْرِبِ اثْنَيْنِ وَأَرْبَعِينَ فِي أَرْبَعَةٍ بِمِائَةٍ وَثَمَانِيَةٍ وَسِتِّينَ ...

يعني: فلو كانت المسألة؛ وهي أن الأولاد أربعة، فأوصى بالسدس والسبع ضربت مقام السدس في مقام السبع لتباينها، باثنين وأربعين فتأخذ سدسها وسبعها، وذلك ثلاثة عشر، تبقى تسعة وعشرون وهي لا تنقسم على أربعة؛ سهام الفريضة، ولا توافقها؛ فتضرب أربعة في اثنين وأربعين بمائة وثمانية وستين، من له شيء من اثنين وأربعين أخذه مضروباً في أربعة، ومن له شيء من أربعة أخذه مضروباً في تسعة وعشرين.

واقتصرنا على حل كلام المصنف هنا؛ لأنه الأهم هنا، وغيره يُعْلَمُ مِنْ كُتُبِ هذا الفن.

الْمَوَانِعُ مِنْهَا اخْتِلافُ الدِّينِ كَالْمُسْلِمِ وَغَيْرِهِ، وَالْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ إِنْ تَحَاكَمُوا إِلَيْنَا ...

للحديث: «**لا يرث المسلم الكافر، ولا الكافر المسلم**». وفي الصحيح: «**لا يتوارث أهل ملتين**».

وقوله: (**كَالْمُسْلِمِ**) على حذف مضاف؛ أي: كدين المسلم؛ ليوافق قوله: (**اخْتِلافُ الدِّينِ**).

وقوله: (**وَالْيَهُودِيِّ....**) إلى آخره. يعني: وكذلك اختلاف الدين بين اليهودي والنصراني مانع من الإرث إن تحاكموا إلينا، وإن لم يتحاكموا فلا نعرض لهم، وهكذا قال مالك: إن اليهودية ملة، والنصرانية ملة، وما عداهما من الكفر ملة.

وَأَمَّا مَنْ يُظْهِرُ الإِسْلامَ ثُمَّ اطُّلِعَ عَلَى إِسْرَارِهِ زَنْدَقَةً أَوْ كُفْراً أَوْ غَيْرَهُمَا فَقُتِلَ بِهَا أَوْ مَاتَ - فَرَوَى ابْنُ الْقَاسِمِ: يَرِثُهُ وَرَثَتُهُ الْمُسْلِمُونَ، وَرَوَى ابْنُ نَافِعٍ أَنَّهُ كَالْمُرْتَدِّ، وَعَلَيْهِ الأَكْثَرُونَ ...

في كلامه نظر؛ لأن قوله: (**إِسْرَارِهِ زَنْدَقَةً أَوْ كُفْراً**) يقتضي أن الزندقة إسرار غير الكفر، وليس كذلك. ومراده بـ(**غَيْرِهِمَا**) السحر.

والأظهر رواية ابن نافع؛ لأنا نقتله لأجل الكفر، واختار رواية ابن القاسم أصبغ، والشيخ أبو إسحاق؛ اعتباراً بما كان يظهره.

قال القاضي أبو الوليد: ورواية ابن القاسم تقتضي أنه يقتل حداً، ورواية ابن نافع تقتضي: أنه يقتل كفراً.

وَإِذَا تَحَاكَمَ إِلَيْنَا وَرَثَةُ كَافِرٍ وَتَرَاضَوْا كُلُّهُمْ - حَكَمْنَا بِحُكْمِ الإِسْلامِ، فَإِنْ أَبَى بَعْضُهُمْ لَمْ يُعْرَضْ لَهُمْ إِلا أَنْ يَكُونَ فِيهِمْ مَنْ أَسْلَمَ فَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ: يُحْكَمُ لَهُمْ بِحُكْمِهِمْ عَلَى مَوَارِيثِهِمْ إِذَا كَانُوا كِتَابِيِّينَ، وَإِلا فَبِحُكْمِ الإِسْلامِ، وَقَالَ سَحْنُونٌ: بِحُكْمِ الإِسْلامِ ...

يعني: أَنَّ ورثة الكافر إما أن يبقوا على دينهم، أو يسلم بعضهم بعد موت موروثهم؛ والأول يحكم بينهم إذا ترافعوا إلينا بحكم الإسلام بشرط رضا جميعهم. وهل يشترط رضا أساقفتهم؟ قولان.

وأما الثاني فيحكم بينهم؛ لأجل وجود المسلم. ثم هل يقسم بينهم على حكم الإسلام مطلقاً، وهو قول سحنون، أو بشرط أن يكونوا غير كتابيين، وأما الكتابيون فعلى مواريثهم؟

وَالتَّظَالُمُ بَيْنَ أَهْلِ الذِّمَّةِ يَحْكُمُ السُّلْطَانُ بَيْنَهُمْ فِيهِ

أي: وإن لم يتراضوا، وكما يجب عليه منع المسلمين من ظلمهم كذلك بعضهم من بعض.

وَمِنْهَا الرِّقُّ؛ فَلا يَرِثُ رَقِيقٌ، وَالْمُكَاتَبُ وَالْمُدَبَّرُ وَأُمُّ الْوَلَدِ وَمَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ كَالْقِنِّ لا يَرِثُ وَلا يُورَثُ، وَمَالُهُ لِمَنْ يَمْلِكُ الرِّقَّ مِنْهُ ...

لا خلاف في هذه الجملة عندنا.

وَمِنْهَا الْقَتْلُ؛ فَلا يَرِثُ قَاتِلُ عَمْدٍ مِنْ مَالٍ وَلا دِيَةٍ، فَإِنْ كَانَ خَطَأً وَرِثَ مِنَ الْمَالِ دُونَ الدِّيَةِ ...

يريد: إلا الولاء فإن المذهب أن قاتل العمد وقاتل الخطأ يرثان الولاء، ويرثه عنهما من يرثهما، وحيث لا يرث فلا يحجب، وإن ورث من المال حجب فيه.

وهكذا روى الدارقطني؛ لكنه حديث ضعيف؛ وهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قام يوم فتح مكة فقال: «**لا يتوارث أهل ملتين، وترث المرأة من دية زوجها وماله، وهو يرث من ديتها ومالها، ما لم يقتل أحدهما صاحبه عمداً؛ فلا يرث من ماله ومن ديته شيئاً، وإن قتل صاحبه خطأً ورث من ماله، ولم يرث من ديته**» رواه محمد بن سعيد عن عمرو بن شعيب، قال: أخبرني أبي عن جدي. قال عبد الحق: ومحمد بن سعيد أظنه المصلوب، وهو متروك عند الجميع.

وفي مراسيل أبي داود: «**ولا يرث قاتل عمد ولا خطأ شيئاً من الدية**».

وَمِنْهَا اللِّعَانُ؛ فَيَبْقَى الإِرْثُ بَيْنَ الْوَلَدِ وَبَيْنَ أُمِّهِ، وَالتَّوْءَمَانِ شَقِيقَانِ بِخِلافِ تَوْءَمَيِ الزِّنَى فَإِنَّهُمَا لأُمٍّ، وَفِي تَوْءَمَيِ الْمُغْتَصَبَةِ قَوْلانِ ...

لعله ذكر اللعان ليرتب عليه ما بعده؛ لأن المانع إنما يكون إذا كان السبب موجوداً، وأما مع عدمه فلا.

والأظهر في توءمي المغتصبة أنهما كالزنى؛ إذ لا أب لهما شرعاً، ولا يترقب ثبوت نسبتهما منه في المستقبل كما يترقب في توءمي الملاعنة، وكذلك اختلف في توءمي المسبية والمستأمنة.

وَمِنْهَا اسْتِبْهَامُ التَّقَدُّمِ وَالتَّأَخُّرِ كَالْمَوْتَى فِي سَفَرٍ أَوْ هَدْمٍ أَوْ غَرَقٍ؛ فَيُقَدَّرُ كُلٌّ مِنْهُمْ كَأَنَّهُ غَيْرُ وَارِثٍ، وَلَوْ عَلِمَ الْمُتَقَدِّمُ وَجُهِلَ التَّعْيِينُ كَانَ كَذَلِكَ

يعني: إذا مات قرائب ولم يعلم المتقدم من المتأخر، فذلك يمنع الميراث، وكذلك لو علم المتقدم ولكن جهل تعيينه؛ لأن الميراث لا يكون بالشك.

وهكذا نقل مالك عن غير واحد من علماء المدينة أنه لم يتوارث مَنْ قُتِلَ يوم الجمل ويوم صفين ويوم الحرة ويوم قديد إلا مَنْ عُلِمَ أنه مات قبل الآخر. وقد تقدم في الجنائز أن أم كلثوم رضي الله عنها ماتت وابنها زيد في فور واحد، وأنهما لم يتوارثا.

وَمِنْهَا مَا يُمْنَعُ مِنَ التَّصَرُّفِ عَاجِلاً؛ وَهُوَ الإِشْكَالُ فِي الْوُجُودِ أَوْ فِي الذُّكُورِيَّةِ أَوْ فِيهِمَا. الأَوَّلُ: الْمُنْقَطِعُ خَبَرُهُ؛ فَيُعَمَّرُ مُدَّةً لا يَعِيشُ إِلَيْهَا غَالِباً، قِيلَ: سَبْعُونَ، وَثَمَانُونَ، وَتِسْعُونَ، وَمِائَةٌ وَيُقَدَّرُ حِينَئِذٍ مَيِّتاً ...

في إدخاله الإشكال في الذكورية هنا نظر؛ لأن مراده بذلك: الخنثى المشكل، وهو لا يمنع من الصرف عاجلاً، بل يوجب نقص الميراث، إلا أن يريد: أنه يتأخر النظر فيه لينظر في أمره.

قوله: (**الأَوَّلُ**) قد تقدم ما في هذه المسألة من الخلاف بأوسع مما ذكره المصنف في باب العِدَد.

فَلَوْ مَاتَ مَوْرُوثٌ لَهُ - قُدِّرَ حَيّاً وَمَيِّتاً، وَوُقِفَ الْمَشْكُوكُ فِيهِ، فَإِنْ مَضَتْ مُدَّةُ التَّعْمِيرِ وَلَمْ يَسْتَبِنْ فَكَالْمَوْتَى فِي الْهَدْمِ، فَإِذَا تَرَكَتْ زَوْجاً وَأُمّاً وَأُخْتاً وَأَباً مَفْقُوداً فَعَلَى أَنَّهُ حَيٌّ مِنْ سِتَّةٍ، وَعَلَى أَنَّهُ مَيِّتٌ مِنْ سِتَّةٍ وَتَعُولُ إِلَى ثَمَانِيَةٍ، وَتَضْرِبُ الْوَفْقَ فِي الْكَامِلِ بِأَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ؛ لِلزَّوْجِ تِسْعَةٌ، وَلِلأُمِّ أَرْبَعَةٌ، وَتُوْقِفُ أَحَدَ عَشَرَ، فَإِنْ ثَبَتَ حَيَاتُهُ أَخَذَ الزَّوْجُ ثَلاثَةً، وَالأَبُ ثَمَانِيَةً، وَإِنْ تَبَيَّنَ مَوْتُهُ أَوْ مَضَى التَّعْمِيرُ أَخَذَتِ الأُخْتُ تِسْعَةً، وَالأُمُّ اثْنَيْنِ ...

قوله: (**فَكَالْمَوْتَى فِي الْهَدْمِ**) أي: فيرث الميت أحياء ورثته، وَبَيَّنَ المصنف العمل بقوله: (**فَإِذَا تَرَكَتْ...**) إلى آخره. يريد: أن بتقدير حياة الأب تكون الفريضة إحدى الغراوين؛ للزوج النصف، وللأم ثلث ما بقي. وبتقدير موت الأب؛ يكون للزوج النصف، وللأخت النصف، وللأم الثلث، الفريضة من ستة وتعول إلى ثمانية، والثمانية موافقة للستة بالنصف؛ فتضرب نصف أحدهما في كامل الآخر، بأربعة وعشرين.

فبالضرورة للزوج في حياة الأب أكثر من موته؛ لأن له في الحياة النصف من فريضة غير عائلة؛ فيعطى الحق، وهو ثلاثة أثمان الأربعة والعشرين، وهو تسعة. والأم لها في الفريضة غير العائلة أقل، وذلك سدس؛ وهو أربعة فتبقى أحد عشر، ولا يخفى عليك ما ذكره المصنف.

الثَّانِي: الْخُنْثَى الْمُشْكِلُ. فَإِنْ بَالَ مِنْ أَحَدِهِمَا، أَوْ كَانَ أَكْثَرَ أَوْ أَسْبَقَ، أَوْ نَبَتَتْ لِحْيَةٌ، أَوْ خَرَجَ ثَدْيٌ، أَوْ حَيْضٌ، أَوْ مَنِيٌّ - فَلَيْسَ بِمُشْكِلٍ إِلا أَنْ يَجْتَمِعَ

هذا هو القسم الثاني من أقسام النوع الأخير، ومذهبنا وهو مذهب الأكثر ثبوت خنثى مشكل، وكلام المصنف ظاهر التصور.

وأنكر بعضهم سبقية البول وكثرته. قيل: ولم يصح عن مالك فيه شيء. وروي عنه أنه قال: ذَكَرٌ زاده الله فرجاً. وروي عن قاسم بن أصبغ عن أبيه: أنه رأى بالعراق خنثى ولد له من صلبه وبطنه.

أبو عبد الله بن قاسم: ورأيت لمالك في بعض التعاليق: إن مثل هذين لا يتوارثان؛ لأنهما لم يجتمعا في ظهر ولا بطن؛ فليسا أخوين لأب ولا لأم.

ابن القاسم: ويمنع النكاح من الجهتين، واختلف في جواز النظر للفرج وعدمه.

وَحَيْثُ حُكِمَ بِالإِشْكَالِ فَمِيرَاثُهُ نِصْفُ نَصِيبَيْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى فَتُصَحَّحُ الْمَسْأَلَةُ عَلَى التَّقْدِيرَاتِ، ثُمَّ اضْرِبِ الْوَفْقَ أَوِ الْكُلَّ إِنْ تَبَايَنَتْ، ثُمَّ فِي حَالَتَي الْخُنْثَى، ثُمَّ خُذْ مِنْ كُلِّ نَصِيبٍ جُزْءاً يُسَمَّى مُفْرَدُ التَّقْدِيرَاتِ...

وقوله: (**عَلَى التَّقْدِيرَاتِ**) أي: تقدير كونه ذكراً ثم كونه أنثى، ثم خذ جزءاً (**يُسَمَّى مُفْرَدُ التَّقْدِيرَاتِ**) من الاثنين النصف، ومن الأربعة الربع فما اجتمع فهو نصيب كل وارث، وطريقه أن تعمل المسألة على أنه ذكر، ثم تعملها على أنه أنثى، ثم تنظر بين المسألتين بالتوافق والتباين كما تقدم، ثم ما حصل تضربه في حال الخنثى، ثم تقسم على حال التذكير، ثم التأنيث، ثم تجمع ما حصل لكل وارث، وتنسب واحداً إلى الأحوال الحاصلة، فتعطى لكل وارث.

فلو ترك خنثى وذكراً عاصباً فعلى التذكير من اثنين، وعلى التأنيث من ثلاثة، فتضرب ثلاثة في اثنين بستة، فللخنثى في التذكير ثلاثة، وفي التأنيث اثنان، فيعطى نصفها وهو اثنان ونصف، وكذلك الآخر.

فَلَوْ تَرَكَ خُنْثَيَيْنِ وَعَاصِباً فَأَرْبَعَةُ أَحْوَالٍ تَنْتَهِي إِلَى أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ لِكُلِّ وَاحِدٍ أَحَدَ عَشَرَ وَلِلْعَاصِبِ سَهْمَانِ ...

فريضة التذكير من اثنين، وفريضة التأنيث من ثلاثة؛ لهما الثلثان وللعاصب سهم، وكذا إذا قُدِّرَ أحدهما ذكراً والآخر أنثى وبالعكس فتماثل ثلاث فرائض، فتستغني بأحدها فتضربها في الأخرى بستة، ثم في الأحوال؛ وهي أربعة، بأربعة وعشرين، ثم تقسم؛ فلكل خنثى في التذكير اثني عشر، ولكل منهما في التأنيث ثمانية. وله في تذكيره دون صاحبه ستة

عشر، وفي العكس ثمانية، تحصل له في الأربعة أربعة وأربعون، فيأخذ ربعها؛ وهو أحد عشر، وكذلك العاصب إنما يصح له في حال واحدة ثمانية، فيأخذ ربعها؛ وهو اثنان.

الثَّالِثُ: فِي حَمْلِ الزَّوْجَةِ، فَقِيلَ: يُوقَفُ الْجَمِيعُ وَوَصَايَاهُ حَتَّى تَضَعَ، وَقِيلَ: يُتَعَجَّلُ بِتَعْجِيلِ الْمُتَحَقِّقِ. قَالَ أَشْهَبُ: وَهُوَ الَّذِي لا شَكَّ فِيهِ، وَعَلَيْهِ يُوقَفُ مِيرَاثُ أَرْبَعَةِ ذُكُورٍ؛ لأَنَّهُ غَايَةُ مَا وَقَعَ وَلَدَتْ أُمُّ وَلَدِ أَبِي إِسْمَاعِيلَ مُحَمَّداً، وَعُمَرَ، وَعَلِيّاً، وَإِسْمَاعِيلَ، بَلَغَ الأَوَّلُونَ الثَّمَانِينَ ...

هذا هو النوع الثالث؛ وهو الشك في الوجود والذكورية، والقول الأول هو المشهور، والثاني أظهر كما قال أشهب.

وليس لقوله: (**حَمْلِ الزَّوْجَةِ**) مفهوم، بل وكذلك الأمة، وعلى ما أختاره أشهب "يوقف لأربعة ذكور" كما ذكرها المصنف؛ لأنه أكثر ما وقع، والقصة التي ذكرها المصنف هي في الزاهي.

الخاتمة:

وهذا آخر ما قصدنا والله أعلم، اللهم إني أعوذ بك من علم لا ينفع، وقلب لا يخشع، ودعاء لا يسمع، ونفس لا تشبع؛ أعوذ بك من شر هؤلاء الأربع.

اللهم تقبل توبتي، واغسل حوبتي، وأجب دعوتي. أسألك بجاه النبي صلى الله عليه وسلم عيشة سوية، وميتة نقية، وأن تذهب عني الشكوك والاعتراضات، وتعافي قلبي من الوساوس والنزغات، وأن تسلك بنا منهاج أهل السنة.

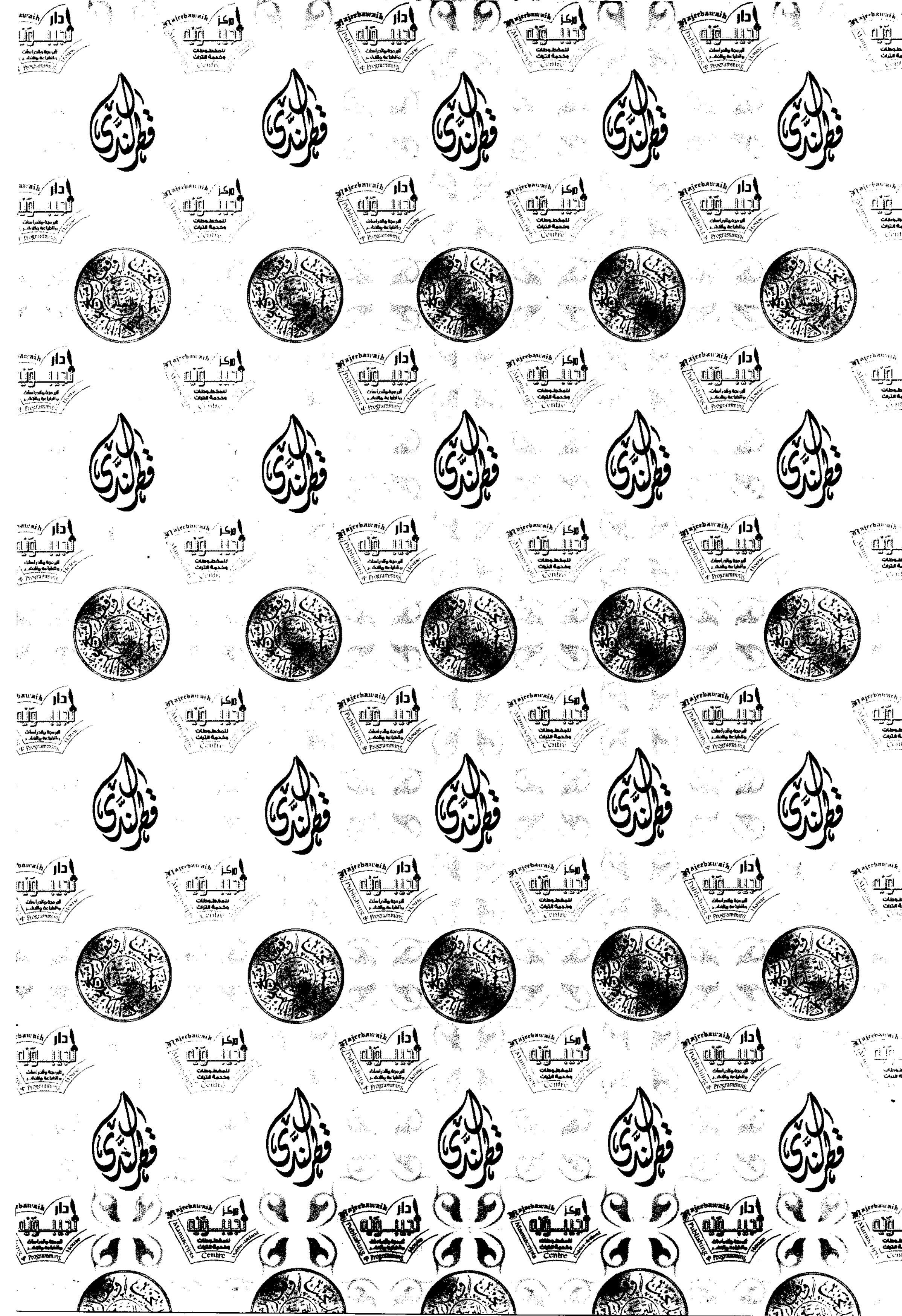
أسألك التأييد بروح من عندك فيما نريد، كما أيدت أنبيائك ورسلك، واكسنا جلابيب العصمة في الأنفاس واللحظات، واقلع من قلبي حب الدنيا، وأمتني على الإسلام والشهادة، وكذلك كل من كتبه، أو قرأه، أو شيئاً منه، أو سعى فيه. آمين آمين آمين يا رب العالمين.

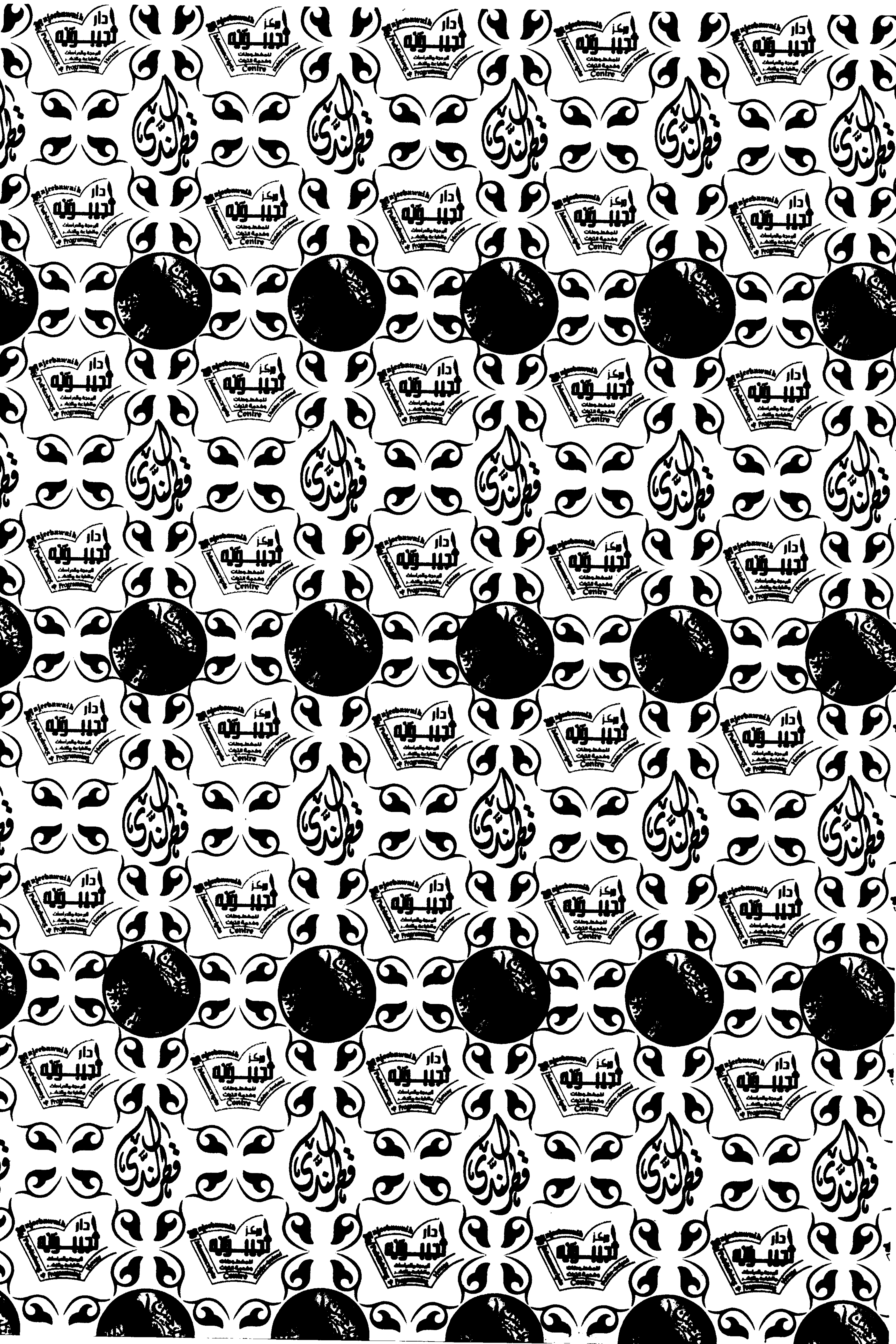
والله أسأل أن ينفع به، وهو حسبي ونعم الوكيل، والحمد لله رب العالمين.

فهرس المجلد الثامن

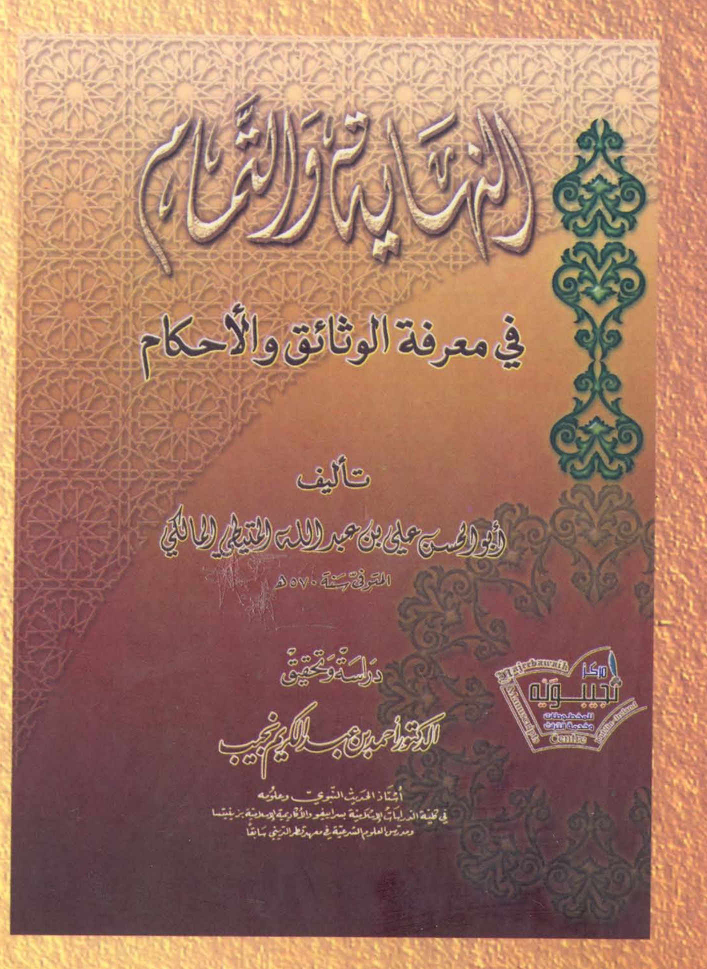


* فهرس موضوعات المجلد الثامن *





من إصدارات مركز نجيبويه



نطلب منشورات المركز من

